

RENATA DAPPER SANTOS

**A RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão do curso de graduação
apresentado ao Departamento de Direito Privado e
Processo Civil da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

**Orientadora: profa. Judith Hofmeister Martins-
Costa**

Co-orientadora: profa. Giovana Cunha Comiran

Porto Alegre

2009

RENATA DAPPER SANTOS

**A RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Conceito:.....

Porto Alegre, de de

AGRADECIMENTOS

Sinto-me imensamente grata às minhas mestras Judith Martins-Costa e Giovana Comiran.

À professora Judith, agradeço especialmente pelo seu grandioso gesto de amparo, e pela confiança depositada no meu trabalho. Agradeço, ainda, pelo exemplo de sabedoria e de dedicação aos seus alunos; por ter me proporcionado uma visão diferenciada do direito; por ter compartilhado seus conhecimentos; por humildemente enxergar que o direito deve ser mirado a partir da realidade e por disseminar esta visão.

À professora Giovana, agradeço pelo companheirismo e dedicação próprios daqueles que trazem consigo muito amor pelo que fazem. Agradeço intensamente pelos braços abertos, pelo carinho, pela paciência e, principalmente, por ter trazido meus pés de volta ao chão por inúmeras vezes. Agradeço ainda pelo tempo dedicado a mim e ao meu trabalho e pelos ensinamentos que, como uma bússola, insistiam em me recolocar, a cada dia, no rumo ajustado de seu conhecimento. É uma grata surpresa encontrar tamanha experiência e competência em alguém de tão pouca idade.

Como não poderia deixar de ser, agradeço ao meu pai e à minha mãe por invariavelmente se transformarem naquilo de que eu e meus irmãos necessitamos. Ainda agradeço eternamente pelo amor e apoio incondicionais e por terem nos mostrado – a mim e a meus irmãos – que as oportunidades podem ser criadas a partir do estudo e da verdadeira dedicação.

Por fim, agradeço ao amor e compreensão de todos os que estiveram ao meu lado durante os estudos sem os quais não seria possível a confecção do presente trabalho.

“Le hasard ne favorise que les esprits préparés.”

Louis Pasteur

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE: O FATO DANOSO E O NEXO CAUSAL	11
I A INDENIZABILIDADE DA CHANCE PERDIDA COMO DANO AUTÔNOMO	30
SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ELABORADAS	67
REFERÊNCIAS.....	69

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de compreender o instituto da Perda de uma Chance, e de verificar a sua admissibilidade no direito brasileiro. Para tanto, far-se-á uma breve análise dos pressupostos da responsabilidade civil demonstrando-se em quais hipóteses a perda de uma chance pode ser tida como um dano reparável.

Ainda, será debatida a possibilidade de aceitação da perda de uma chance como dano autônomo, e quais os fundamentos para a sua dissociação do dano final. Após, serão indicadas as diretrizes para a quantificação do dano pela perda de uma chance, sem deixar de tecer críticas à forma como se tem aplicado a teoria.

ABSTRACT

The aim of this study is to understand the institution of the “lost of a chance” and to verify its acceptance in the Brazilian Law. So a brief analysis of the presuppositions of civil responsibility will be conducted in order to demonstrate in which hypothesis the “lost of a chance” can be taken as reparable damage.

Furthermore, the possibility of the acceptance of the “lost of a chance” as an autonomous damage and the reasons for its dissociation with the final damage will be discussed. Afterward, the guidelines for the quantification of the damage of the “lost of a chance” will be indicated, as well as the way the theory has been applied will be criticized.

INTRODUÇÃO

A velocidade com que a tecnologia tem evoluído faz com que, aos olhos da maioria, as constatações “científicas” não tenham limites. Nota-se que as descobertas e invenções são tão incríveis que acabam por conferir aos cientistas uma imensa credibilidade.

O evidente aumento do crédito dado pelas pessoas ao progresso tecnológico é demonstrado, ainda, pela notável utilização da ciência da probabilidade no seu cotidiano, sendo que a álea, grande parceira da probabilidade, é essencial à atividade empresária em geral fundada em apostas na lucratividade de determinada atividade, no risco.

Mas o progresso tecnológico tem demonstrado que o campo de atuação da probabilidade não está somente na vida do empresário: está no cotidiano de todos. De fato, muito além das clássicas apostas em corridas de cavalo ou casas lotéricas, a álea reina nas práticas esportivas em geral (e nas discussões acerca de probabilidades de êxito de uma ou outra equipe), na popularização do mercado de capitais (fundado no risco e na aposta em lucratividade), na busca por um posto de trabalho, especialmente por meio dos tão almejados concursos públicos, nas possibilidades de êxito em demandas judiciais, na eleição correta do diagnóstico de uma doença, na oportunidade de cura pela realização de uma cirurgia, etc.

Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva, essa constatação demonstra que o homem passou a crer na ciência da probabilidade, e que tal ciência acabou por “desmistificar o acaso e as situações aleatórias”¹. E, por tal motivo, o direito, cuja evolução deve acompanhar as mudanças da sociedade, teve de acolher, na sua esfera de regulação, casos fundados exatamente nessa aleatoriedade.

As situações cotidianas em que as pessoas “concorrem” por diferentes probabilidades têm como conseqüência inúmeras ocasiões em que, por culpa ou fato alheio, são privadas da oportunidade de buscar uma vantagem que esperavam, ou, pelo contrário, são impedidas de evitar

¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

um dano futuro (uma desvantagem). Nestes casos, a vítima sofre um prejuízo, que não é palpável, mas que deve receber valoração jurídica, vez que encontra alicerce na ciência das probabilidades.

Tal sorte de prejuízo se constitui no dano pela perda da chance que a vítima tinha de alcançar certa vantagem ou de evitar um prejuízo. A chance que ela possuía era, por óbvio, aleatória. Entretanto, havia probabilidades de que a vantagem fosse alcançada. O dano ocorre, portanto, no exato ponto em que a pessoa é privada dessa possibilidade por um fato alheio, atravessado no processo aleatório.

O mais antigo julgado de que se tem conhecimento em que essa espécie de dano por perda de chance foi tutelada aconteceu na França, em 17 de julho de 1889. No caso, a perda da chance foi causada pela atuação culposa de um “oficial ministerial”, a qual impossibilitou que certa demanda judicial restasse exitosa². Ou seja, a Corte de Cassação condenou o demandado a indenizar ao autor da ação pela perda da chance de levar adiante um processo judicial e de ganhá-lo, sendo que o processo havia sido interrompido em razão do ato culposo de um funcionário do Ministério³.

No Brasil, por seu turno, o primeiro acórdão a mencionar a teoria da perda de uma chance é tido como sendo datado de 12 de junho de 1990, julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi analisado o instituto concluindo-se que ele não se aplicava ao caso concreto⁴. Apesar de serem conhecidos numerosos julgados brasileiros que discutem a teoria, não havia, até tempos bastante recentes, a consciência da aplicação da teoria da perda de uma chance ou oportunidade⁵. Atualmente, com a crescente aplicação da teoria pela jurisprudência, se implementa a necessidade de uma leitura da prática do instituto.

Mas será que ela vem sendo aplicada de maneira adequada? De fato, a larga produção jurisprudencial no Brasil que menciona a perda de chance entre suas razões de decidir indica

² VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 74.

³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 667, 1991. p. 9.

⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.589069996. Relator: Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 12 de junho de 1990.

⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.

alguns excessos, sendo que, em geral, não é feita uma análise cautelosa acerca dos casos em que efetivamente deve ser aplicada.

O principal objetivo do presente trabalho está em esclarecer quais são estas situações, nas quais deve-se aplicar a teoria da perda de uma chance. A fim de atender o objetivo enunciado, far-se-á, inicialmente, um estudo da teoria a partir de sua admissibilidade, no sistema brasileiro, como dano autônomo e da possibilidade ou não de dissociação relativamente ao dano final. Para tanto, indispensável, ainda, um breve estudo acerca do modelo de nexos de causalidade utilizado no nosso ordenamento.

Partindo de tais premissas, se tentará demonstrar em que casos efetivamente há chance perdida indenizável. E então, nesses casos, quais as diretrizes a serem seguidas no momento da quantificação desse dano, sem deixar de tecer a crítica às linhas que vêm sendo utilizadas na quantificação do dano da perda de uma chance.

I. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE: O FATO DANOSO E O NEXO CAUSAL

A obrigação de indenizar nasce da verificação de um dano imputável a um sujeito que pode ser por ele juridicamente responsabilizado. O que liga esse sujeito - o responsável – ao dano, é o nexo de causalidade. Por isso, os pressupostos mínimos para se configurar a responsabilidade civil subjetiva são classicamente o dano, o nexo causal e a culpa⁶.

Pode, contudo, haver responsabilidade sem culpa (como nos casos de responsabilidade objetiva), mas não há responsabilidade civil sem dano e sem nexo causal.⁷

Segundo Pontes de Miranda, “o dever de indenizar supõe ter havido um dano” e exige a causalidade entre o ato e o dano, sendo que, em alguns casos, a culpa é elemento essencial para conferir responsabilidade; em outros, prescinde-se de qualquer culpa^{8,9}.

Verdadeiramente, são de longa data as divergências doutrinárias na enunciação dos pressupostos da responsabilidade civil. Defensores da responsabilidade civil subjetiva¹⁰, os irmãos Mazeaud consideravam o dano como o primeiro elemento da responsabilidade civil¹¹ e incluíam a culpa no rol dos elementos constitutivos da responsabilidade¹², bem como o fazia

⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 177.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 195. “*ai está um pressuposto que não pode jamais ser afastado do instituto da responsabilidade civil, sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria*”.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 181.

⁹ Observe-se, ainda, que, de acordo com Pontes de MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 189) tampouco o ato ilícito é elemento essencial para conferir responsabilidade, ou seja: nem sempre o dever de indenizar resulta de ato ilícito.

¹⁰ O Código Civil Francês adotou uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva em seu artigo 1.382: “Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este pela culpa em razão do qual ele ocorreu a reparar”.

¹¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, t. 1. p. 263.

¹² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, t. 1. P. 269. “*Tout dommage materiel permet à la victim de demander une reparation, du moins lorsque les autres elements constitutifs de la responsabilité sont réunis, c'est-à-dire lorsque l'auteur du préjudice a commis une faute et qu'il existe en lien de cause à effet entre cette faute et le préjudice*.”

René Savatier, ao definir culpa como a inexecução de um dever que o agente poderia conhecer e observar¹³.

Todavia, a evolução da responsabilidade fez se expandir a teoria objetiva¹⁴, cujo fundamento é eliminar a culpa como requisito do dano indenizável¹⁵. Com a responsabilidade objetiva, para que surja o dever de indenizar deve existir apenas nexos causal entre o dano e a conduta do agente¹⁶.

Dessa forma, entende-se que a responsabilidade civil tem como pressupostos um ato voluntário imputável e ilícito, causador de um dano e derivado de um nexos causal entre o próprio dano e o ato. Ressalta-se que se deve incluir a culpa – nos casos de responsabilidade subjetiva – e excluir o ilícito em hipóteses específicas.

Segundo Fernando Pessoa Jorge, a Responsabilidade Civil é uma modalidade da obrigação de indenizar, sendo que indenizar significa eliminar o dano¹⁷. Por conseguinte, a primeira análise a ser feita deve se dar em relação ao dano sofrido. Note-se que conceituar dano não se trata de matéria fácil, não se confundindo, segundo Judith Martins-Costa com o mero conceito de prejuízo¹⁸.

Em matéria de responsabilidade civil interessa apenas o dano que constitui obrigação de indenizar, seja ele patrimonial ou moral¹⁹. Para que o dano enseje reparação, ele deve ser certo, atual e subsistente²⁰. Além disso, o dano imputável a alguém é aquele certo, direto e apto a causar

¹³ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et le Jurisprudence Editora, 1951, t. 1. p. 5.

¹⁴ O Código Civil Brasileiro apresenta uma cláusula geral de Responsabilidade Civil Subjetiva mitigada pelo artigo 927, Parágrafo Único: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁵ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 306-7.

¹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 308.

¹⁷ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 371.

¹⁸ Em sentido oposto, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, t. 1. p. 263.

¹⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 973.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 167-68. A jurista assevera que dano atual é o existente no momento da propositura da ação de

prejuízo a algum interesse juridicamente tutelado da vítima. Tal dano é indenizável – quando se refere a danos patrimoniais – ou reparável – quando se refere a danos extrapatrimoniais.²¹

De acordo com os irmãos Mazeaud, para que o dano seja certo, ao invés de eventual ou hipotético, é preciso que o juiz tenha certeza de que o demandante se encontraria numa situação melhor, caso o demandado não houvesse praticado a conduta ofensiva. Além disso, das conseqüências de um ato poderá vir um prejuízo futuro e certo, não sendo necessária a distinção entre um prejuízo atual ou futuro, mas entre um prejuízo certo ou eventual, hipotético²².

No caso específico da Perda de Chance, a identificação do dano tem sido objeto de muita discussão doutrinária. De fato, a percepção da perda de uma chance como um dano certo demanda apreciação do caso concreto, sendo que, para que tal dano seja aceito como autônomo e indenizável, é indispensável que seja considerado como “dano certo” – idéia de que depende, diretamente, a aceitação – ou não – da perda de uma chance como dano autônomo e indenizável.

Na apresentação de um dos mais ilustrativos e clássicos exemplos de privação de chances, Henri Lalou narra o caso de um cavalo de corrida que, por culpa de terceiro não chega a tempo de competir. O autor assevera que, neste caso, existiria um dano hipotético, pois não existia nenhuma certeza da vitória do cavalo na corrida. Por outro lado, Lalou sustenta que existiria um outro dano, revestido do caráter de certeza, pois uma ação culposa de um terceiro privou alguém de uma chance: a chance de o seu cavalo ser vencedor na corrida²³.

O mesmo autor afirmava que a análise de cada caso permitiria que se chegasse à conclusão acerca de se o dano é certo ou não, sendo que, a princípio, a privação da chance constituiria um dano certo. Porém, no momento de quantificar a reparação do dano, os tribunais teriam de levar em conta a importância de cada chance. No caso do cavalo de corrida, por exemplo, deveriam ser considerados os valores do cavalo²⁴ e suas chances de sair vitorioso.

responsabilidade, e certo é o dano fundado sobre um fato preciso, e não sobre “mera hipótese”.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 171.

²² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montcherestien, 1957, t. 1. p. 270.

²³ LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1955. p. 103.

²⁴ LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1955. p. 103-4.

É ponto pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que um dano puramente hipotético ou eventual não pode ensejar reparação. No entanto, conforme assevera Geneviève Viney, uma certa margem de álea é compatível com a certeza do dano²⁵. Dessa forma, considerar que o dano da perda de uma chance é um dano incerto, e portanto, irreparável, seria fechar os olhos diante da realidade das vítimas que, por culpa alheia, como no clássico caso acima narrado, perderam a chance de que seu cavalo vencesse a corrida, de que a sua demanda judicial fosse provida, ou até mesmo, perderam a chance de cura ou de sobrevivência. Não é possível permitir que a característica de aleatoriedade da chance perdida impossibilite a sua reparação.

A perda de uma chance, quando séria e real, constitui, portanto, um dano certo, independente do dano final, o qual é hipotético e eventual. Sendo o dano revestido do caráter de certeza, ele deve ser indenizado, de modo que a álea que dificulta a quantificação do dano não pode, de forma alguma, impedir a sua reparação²⁶.

1. AS ESPÉCIES DE DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE

1.1. NOÇÃO CLÁSSICA DE PERDA DE UMA CHANCE

Quando se fala em perda de uma chance clássica, refere-se a um processo aleatório em curso, no qual alguém busca alguma vantagem ou que tenta evitar um dano futuro, mas, por uma determinada ação ou omissão, o processo é interrompido de maneira que a oportunidade fique inexoravelmente destruída²⁷.

²⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 67.

²⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 68.

²⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 669-70.

Tome-se por exemplo a situação hipotética de uma banda de música que se inscreve em um festival de bandas que ocorrerá em outro país.

A banda passa meses ensaiando, aprimorando sua técnica e investe em instrumentos musicais novos, os quais seriam importantes na sua performance no festival. O festival representava para a banda uma oportunidade concreta de angariar novos contatos e, conseqüentemente, contratos de trabalho, grande visibilidade e, por tal razão, os talentosos músicos não pouparam esforços na sua preparação. Entretanto, durante o traslado dos equipamentos, estes são extraviados, impossibilitando que o grupo se apresentasse, frustrando as expectativas de ganhos depositadas pela banda no evento.

O objetivo da apresentação deste exemplo é identificar o que se trata de dano por perda de chance e diferenciá-lo do que chamamos de “dano final”²⁸. Observa-se com clareza, que mesmo que a banda fosse a preferida do público, e fosse a melhor cotada em pesquisas de opinião, o máximo que ela possuía, antes de ser impossibilitada de competir, era uma aposta de auferir um ganho futuro. A possibilidade de se sair vencedora no concurso existia, no entanto, a vitória não era certa.

O dano configurado como perda de chance se trata, no caso, exatamente da perda da oportunidade de concorrer. O dano final, por sua vez, se refere à perda do prêmio oferecido, pelo concurso, ao vencedor, bem como às outras vantagens agregadas à exposição da banda em um festival internacional – como os contatos e possíveis novos trabalhos.

A perda de chance clássica ocorre nos casos em que, como o ora examinado, a conduta do ofensor elimina irremediavelmente a possibilidade de a vítima continuar no processo aleatório e, por consequência, de auferir a vantagem esperada, de modo que, se houver um remédio possível de reverter a situação, não se configura o dano da perda de uma chance. Dessa forma, se a banda tivesse conseguido concorrer no festival, apesar da negligência do seu agente, não estaria configurada a perda da chance.

Nos casos clássicos, a perda da chance é bastante evidente, pois a vantagem que era esperada se torna irreversivelmente inalcançável após a conduta do ofensor. De acordo com

²⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado*

Mazeaud e Mazeaud, nas hipóteses em que o processo aleatório é interrompido, privando a vítima de alcançar vantagem, a realização do dano é definitiva, nada mais a modificará. Ainda demonstram o entendimento da Corte de Cassação francesa no sentido de que, após a privação da chance, está consumado o fato do qual dependia o prejuízo eventual²⁹. Dessa forma, nos casos clássicos – quando o processo aleatório é irremediavelmente interrompido – o dano da perda da chance salta aos olhos, não existindo dificuldades em percebê-lo como um dano específico.

1.2. PERDA DA CHANCE DE TER EVITADO UM PREJUÍZO

O dano pela perda de uma chance não se restringe às hipóteses em que o processo aleatório é totalmente interrompido pela conduta do ofensor. De fato, constantemente acontecem casos em que um dano poderia ter sido evitado e, por uma ação ou omissão culposa, não foi. É importante esclarecer a diferença entre esta hipótese e a perda de chance clássica, apresentada anteriormente: enquanto que, nos casos clássicos da perda de uma chance, certa conduta culposa é a causa da interrupção total de um processo aleatório em que a vítima se encontrava, nestes casos, o processo não é interrompido, chegando ao seu final.

A perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido³⁰ guarda uma semelhança com a perda de uma chance clássica: nas duas hipóteses há um processo em curso. A diferença entre ambas reside no fato de que, neste caso, a conduta ofensiva não interrompe o processo, mas impede que o dano seja evitado. O dano pela perda da chance de evitar um prejuízo já ocorrido surge porque o processo danoso em curso não foi interrompido quando deveria ter sido. Assim, se o agente ofensor tivesse agido de forma não culposa, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, possibilidade esta que foi perdida. Note-se que, mesmo na ausência da conduta culposa, o dano poderia ter acontecido, não sendo mais possível saber qual seria o resultado. O que se perdeu, portanto, foi a chance de evitar o prejuízo.³¹

e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

²⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montcherestien, 1957, t. 1. p. 274.

³⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 681.

Diversamente dos casos que se encaixam na perda de uma chance clássica³², as chances agora se referem a algo que podia ter sido feito no passado para evitar o dano final verificado. Dessa forma, quando existe a frustração da possibilidade de se ter evitado um prejuízo, o dano final já é conhecido, e é resultante do processo que estava em curso. A questão a ser feita é se o dano poderia ter sido evitado caso tivessem sido tomadas as providências adequadas.

Observe-se o caso hipotético de um paciente que sofreu um Acidente Vascular Cerebral (AVC) e foi encaminhado a um hospital. Ao examiná-lo, o médico o atendeu apressada e descuidosamente, sendo que, apesar de o paciente apresentar sintomas evidentes, o médico não fez o correto diagnóstico³³. A partir disso, deixou-se de efetuar o tratamento adequado que, se tivesse sido feito imediatamente após o AVC, traria ao paciente chances sérias e reais de ficar sem nenhuma seqüela. O paciente, conseqüentemente, veio a falecer.

O médico agiu culposamente, sendo que a sua conduta foi a causa que levou o paciente a perder as chances de cura que o tratamento adequado lhe ofereceria. Nota-se que, mesmo que o tratamento correto tivesse sido utilizado, ainda poderia acontecer de o paciente vir a falecer, pois o tratamento oferecia a chance de cura provável, não a certeza. Assim, o dano causado pela conduta médica foi o da perda da chance séria e real de sobrevivência.

No caso, a falha médica não interrompeu o processo aleatório, que seguiu até o seu final, sendo que esta é a diferença que os casos de perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro trazem em relação aos casos clássicos da perda de uma chance. Dessa forma, as hipóteses em que o processo aleatório é danoso – e segue até seu fim por não ter sido interrompido – trazem uma peculiaridade: sempre resta uma possibilidade mínima de que, mesmo após a conduta danosa, o dano final não aconteça. Ou seja, no caso apresentado, mesmo após o erro médico ainda seria possível que o paciente sobrevivesse, mas esta seria uma hipótese demasiadamente eventual, seria uma mera esperança, e não uma chance séria e real³⁴, como a que foi perdida no momento da conduta médica.

³² Nos casos clássicos, a chance perdida diz respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro.

³³ Gustavo Tepedino, baseando-se nos ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Jr., afirma que o erro de diagnóstico somente gera responsabilidade se tomado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, manifestando-se como erro manifesto. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2. p.92.

³⁴ Geneviève Viney afirma que os tribunais não aplicam as condições gerais da responsabilidade civil para limitar o direito à reparação da perda de uma chance. Segundo ela, os tribunais formularam exigências específicas,

Considerar que não existe dano da perda de uma chance neste caso, sob o argumento de que mesmo sem o tratamento correto o paciente poderia vir a ficar em saúde perfeita, seria desconsiderar a responsabilidade médica. Por outro lado, entender que o médico responde pelo dano morte seria ampliar demasiadamente a sua responsabilidade³⁵.

De fato, não é possível considerar que a conduta médica matou o paciente; da mesma forma, não é possível desconsiderar a existência de um dano sofrido pelo paciente, o qual teria chances sérias e reais de sobrevivência não fosse a conduta culposa do médico. Considerando-se que mesmo com o tratamento correto o paciente ainda poderia vir a falecer, e mesmo sem tal tratamento o paciente ainda poderia vir a apresentar saúde perfeita³⁶, conclui-se que não é possível verificar nexos causal entre a conduta do ofensor e o dano morte, o que impossibilita a reparação do dano final.³⁷

É muito importante ressaltar que a perda da chance de evitar um prejuízo futuro não se restringe aos casos ocorridos na seara médica, pois existem outros casos que devem se incluir na mesma categoria³⁸. São inúmeros os exemplos em que um processo danoso chega ao seu fim enquanto que poderia ter sido interrompido.

Esta situação pode ocorrer com um advogado que, ao propor uma ação, adota uma estratégia processual que não seja a mais adequada. Ou seja, propõe um tipo de ação em lugar de outra, que poderia ser mais eficaz e o resultado é inexitoso. Neste caso, da mesma forma que na hipótese de erro médico culposos, o dano final já é conhecido, ou seja: o processo foi até seu fim. Além disso, também em coerência com o exemplo apresentado anteriormente, não é possível

afirmando, por um lado, que a chance perdida deve ser real e séria, e, por outro lado, que a valoração da indenização deve levar em conta a álea que afeta a realização da chance perdida. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 80.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2. p.86. “A responsabilidade do médico é subjetiva, definida pelo art. 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, e mantida pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, § 4º, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, determina que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.’”

³⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 681.

³⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19-20.

³⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

saber se a demanda teria sido provida não fosse o ato do ofensor, e sabe-se que existe nexos causal entre a conduta do advogado e a perda da chance séria e real de o cliente ver a demanda provida.

Por fim, conclui-se que o dano pela perda da chance de ter evitado um prejuízo é aplicável a todas as hipóteses em que um processo que tende a um dano não é interrompido quando poderia ter sido. Ressalta-se que não existe relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano final – razão pela qual este último não pode ser indenizado – mas há, nestes casos, nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e a perda da chance de ter-se evitado um prejuízo.

2. O PROBLEMA DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO POR PERDA DE UMA CHANCE

Já vimos que, em matéria de responsabilidade, deve ser observado o nexos causal,³⁹ e que o dano não gera responsabilidade se não houver “o liame que vincule a determinada causa imputável ao lesante”⁴⁰. Porém, não se discutiu ainda quais as regras que devem ser seguidas durante a verificação da existência do nexos causal entre o ato - ou omissão - lesivo e o dano. É isso que veremos, sucintamente, doravante: as diferentes teorias aplicadas na identificação da relação de causa e efeito entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido.⁴¹

Para que se distinga o “dano autônomo da perda da chance” do chamado “dano final”, vale a análise de mais um exemplo. No “caso de um afamado peão que é impossibilitado de participar da fase final de um rodeio devido à falta de pagamento da respectiva inscrição, que

³⁹ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 195-6.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

deveria ter sido efetuada pelo seu agente”⁴², o “dano final” seria a perda do prêmio oferecido no rodeio, enquanto que, o “dano autônomo da perda da chance” seria a retirada da possibilidade de o peão competir.

Não é possível afirmar que a falta da inscrição – omissão do ofensor – seja a causa necessária para a perda do prêmio do rodeio – vantagem esperada –, pois, mesmo que a inscrição tivesse sido feita, não se teria a certeza de que tal peão auferiria o prêmio oferecido. Apesar de se saber que muitas outras circunstâncias poderiam impedir a obtenção do prêmio, não se pode negar a existência de um dano no caso em tela, haja vista que, pela omissão do agente, o peão perdeu, de fato, a chance de ganhar aquele prêmio.⁴³

Entende-se, dessa forma, que a omissão do agente não é causa necessária para o dano final, qual seja a perda do prêmio. Entretanto, pode-se concluir que tal omissão impossibilitou ao peão o auferimento do prêmio – a vantagem esperada –, interrompendo o processo aleatório antes de que ele chegasse ao fim. Nesta linha de raciocínio, entende-se a perda da chance como um dano específico, independente do dano final.

Se a perda da chance for entendida como um dano autônomo, deverá haver, entre o ato do ofensor e a própria perda da chance, uma relação de causalidade. No entanto, existe uma corrente doutrinária que entende que o dano pela perda da chance não é autônomo em relação ao dano final. Esta linha de pensamento entende que existe uma proporção de causalidade entre o ato do réu e o dano final, e que a chance perdida deve ser calculada de acordo com esta proporção.⁴⁴

Para que um ordenamento aceite a possibilidade de reparação do dano a partir de uma proporção de causalidade – no caso, entre o ato ou omissão do ofensor e o dano final – é preciso que a teoria da causalidade utilizada permita tal fenômeno. É por esta razão que se torna indispensável a análise das teorias sobre o nexo de causalidade aplicadas no Brasil, pois é através delas que se pode concluir se o nosso sistema permite a reparação da perda da chance como dano autônomo, como dano final, em ambos os casos ou em nenhum deles.

⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

⁴³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

2.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

A Teoria da Equivalência das Condições, também chamada de Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, ou *conditio sine qua non*⁴⁵ tem sua origem atribuída ao pensamento do filósofo John Stuart Mill,⁴⁶ e pode ser definida desse modo: “causa é toda condição que contribui para o efeito”.⁴⁷

Esta teoria entende que todas as condições estão em “*pé de igualdade*” quanto à produção do efeito⁴⁸, sendo que, quando houver pluralidade de causas, todas devem ser consideradas eficientes na condução do dano.⁴⁹ Desta maneira, para que algum antecedente do dano seja considerado como causa do resultado, ele deve preencher apenas um requisito: que a sua inocorrência teria impedido a realização do evento.⁵⁰ Assim, o agente não responderá por certo dano quando puder provar que ele teria acontecido mesmo na ausência do fato danoso⁵¹.

Segundo a Teoria da Equivalência das Condições, quando se tratam de concausas somente existe uma relação de causalidade se for possível afirmar que a consequência não teria acontecido

⁴⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 199. “a origem dessa teoria é atribuída ao pensamento do filósofo John Stuart Mill que sustentava ser a causa de um resultado a somatória de todas as condições positivas e negativas que, tomadas em conjunto, contribuam para produzi-lo.”

⁴⁷ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 195

⁴⁸ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 389.

⁴⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-9.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 199-200.

⁵¹ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 390.

se não fosse a atuação de cada causa. Estabelece-se o liame causal, portanto, quando um fenômeno – a consequência – for condição do outro – a causa⁵².

A Teoria da Equivalência das Condições recebeu duras críticas por levar, inevitavelmente, à busca de excessivas causas anteriores, o que pode ocasionar decisões injustas⁵³, sendo que tentou-se limitar o seu alcance classificando concausas entre juridicamente relevantes e irrelevantes. Entretanto, devido à dificuldade de identificação das concausas juridicamente irrelevantes, nos casos concretos, não foi possível adaptar os postulados de tal teoria aos ditames da justiça. Hoje, conseqüentemente, já não se reconhece como causa toda *conditio sine qua non* do dano⁵⁴.

2.2. TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO

A Teoria do Dano Direto assemelha-se à Teoria da Equivalência das condições no sentido de que também trabalha com as *conditio sine qua non*. Afinal, uma causa só poderá ser vista como direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer⁵⁵.

Entretanto a Teoria do Dano Direto e Imediato distingue-se da Teoria da Equivalência das Condições porquanto elege dentre as várias condições que concorrem para o evento danoso – nos casos em que há um conjunto de antecedentes causais – uma condição que será elevada à categoria de causa necessária do dano. A condição que é elevada ao status de causa é, pela Teoria do Dano Direto e Imediato, a única que vai ensejar reparação⁵⁶.

⁵² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

⁵³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45.

⁵⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52.

⁵⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26. O autor se baseia nos ensinamentos de Agostinho Alvim.

⁵⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar,

A idéia central desta teoria é a de que o aparecimento de causa superveniente rompe o nexos causal entre a primeira causa e o dano⁵⁷. A interrupção do nexos causal transforma uma causa potencial em mera condição, e acontece nos casos em que um fato poderia provocar certo dano, mas a ocorrência deste se deu, efetivamente, por causa de outro fato. É necessário, para que se verifique a interrupção do nexos causal, que a “segunda condição” seja dotada de total independência em relação à “primeira condição”⁵⁸. A partir deste corte, somente a “segunda condição” será elevada ao status de “causa” e, portanto, somente esta ensejará reparação.

Dentre as subdoutrinas que tentaram explicar a expressão “direto e imediato”, a da Necessariedade da Causa, criada por Dumoulin e Pothier foi a que obteve maior êxito. De acordo com tal escola, só existe o dever de reparar quando o evento danoso é efeito necessário da determinada causa⁵⁹. Agostinho Alvim, adepto da doutrina da Necessariedade da Causa, afirma que os danos indiretos ou remotos não se excluem, mas em regra não são indenizáveis⁶⁰, e que a causa necessária de um dano é a que dispensa outras causas, sendo, segundo o autor, sua “causa exclusiva”⁶¹.

Por fim, entende-se que a Teoria do Dano Direto e Imediato depende da condição necessária para formar o liame causal entre o ato ou omissão do ofensor e o prejuízo sofrido. Desta maneira, a Teoria ora discutida afirma a necessariedade da *conditio sine qua non* para o estabelecimento do nexos causal⁶².

2005. p. 102.

⁵⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 103-4.

⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 348.

⁵⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 100-2.

⁶⁰ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 351.

⁶¹ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356.

⁶² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

2.3. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

A Teoria da Causalidade Adequada⁶³ traz, consigo, um pressuposto: o de que o juiz é capaz de valorar⁶⁴. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que o juiz tem de eliminar, dentre os antecedentes do dano, aqueles fatos que são menos relevantes, destacando aquele que “está em condições de necessariamente tê-lo produzido”⁶⁵.

Esta escola aceita, primeiramente, que toda *conditio sine qua non* pode ser considerada como causa do dano⁶⁶. No entanto, a complexidade surge nas hipóteses de causalidade múltipla⁶⁷ e nos casos em que seja conveniente indenizar os danos indiretos e remotos. Nestes casos é que entra em cena o elemento que permite pinçar, dentre os antecedentes causais, a causa adequada⁶⁸, qual seja o *juízo de probabilidade*⁶⁹.

O juízo de probabilidade deve ser feito em relação a fatos passados, devendo o juiz se colocar, por abstração, no momento em que o fato foi praticado. A partir disso, o juiz deve verificar se os danos que efetivamente ocorreram eram, quando da prática do fato, consequências prováveis daquele. Faz-se, portanto, um *prognóstico a posteriori*, como denomina Fernando Pessoa Jorge⁷⁰. Após o juízo de probabilidade, o julgador deve aplicar as suas conclusões ao caso

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 202. “A teoria da causalidade adequada tem recebido diversas formulações desde que, em 1871, Ludwig Von Bar, professor em Freiburg, na Alemanha, lançou os seus lineamentos prosseguindo na virada do séc. XIX para o séc. XX pelo fisiólogo e psicólogo Von Kries”.

⁶⁴ COUTO E SILVA, Responsabilidad alternativa y acumulativa. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 238. “Cuando se considera a la causalidade adecuada, se asume una noción jurídica de causalidad (...). Lo importante es que se incluyó allí una ponderación, un criterio de valoración; el juez es capaz de valorar. (...) Se sabe, por ejemplo, que el término “adecuado” no significa nada. ¿Qué es adecuado? Significa solamente que el juez (como dicen los franceses) tiene que “tener el convencimiento” para establecer em verdad si hay o no hay causalidad jurídica.”

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 79.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 204.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 77.

⁶⁸ Nesse sentido, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 2, p. 632. “la infracción de un bien ‘ideal’ (como la salud, la libertad o el honor) puede traer consigo daños patrimoniales que, en cuanto sean ‘adecuados’ a la acción del agente, originan la obligación de indemnizar al perjudicado”.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 204. A jurista trata do assunto com base nos ensinamentos de MATOZZI, Ignacio de Cuevillas.

⁷⁰ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa:

concreto, com o objetivo de verificar se aquele ato que era apto a ocasionar as circunstâncias danosas, de fato as ocasionou.

Clóvis do Couto e Silva afirma que a causalidade adequada existe quando “o fato ainda que distante, tenha sido adequado ao surgimento de determinado efeito”⁷¹, dessa forma, fatos ocorridos há muito tempo podem determinar certo evento danoso, e é através do *juízo de probabilidade* que se verifica qual, dentre os fatos ocorridos, é a causa adequada. O autor assevera, assim, que o lapso temporal entre o fato e o dano, em que pese seja um indício de causalidade, não é determinante. Segundo ele, não é o tempo que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica, sendo que fatos ocorridos há muito tempo podem ser a causa de um dano, desde que, entre eles, exista uma proximidade lógica.⁷²

A Teoria da Causalidade Adequada utiliza, metodologicamente, o contraste do raciocínio *in concreto* com o raciocínio *in abstracto*⁷³. Ou seja, deve-se, primeiramente, verificar se a causa, em geral (*in abstracto*), seria capaz de causar o dano⁷⁴. Após, deve-se complementar o raciocínio com a análise do caso *in concreto*, verificando-se se o fato foi, mesmo, causa do dano⁷⁵. Note-se

Ministério das Finanças, 1972. p. 394-5. O autor complementa a explicação sobre o juízo de probabilidade *ex post* com o seguinte exemplo: “ diz-se (...) que um tiro é causa adequada de morte, mas já não é um simples susto. Ora, há que introduzir uma correção a este entendimento: a adequação não abrange apenas a causa e o efeito *isoladamente considerados*, mas *todo o processo causal*. É necessário, por outras palavras, que o *efeito tenha resultado do facto, considerado causa dele, pelo processo por que este é abstractamente adequado a produzi-lo*. Pode, na verdade, suceder que o comportamento do agente seja adequado (por si e em abstracto) a provocar o dano, mas este se produza segundo um processo diferente daquele que leva a considerar tal comportamento como causa adequada desse dano.”

⁷¹ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194-5.

⁷² COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194-5. “Para o exame do conceito de causalidade adequada é indício o tempo em que ocorre o fato e o em que se verifica o evento. Mas, a distância, se maior ou menor, para fundamentar a adequação, não é propriamente a temporal, mas a lógica. Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas proximidade lógica. Fatos ocorridos há muito tempo podem determinar certo evento danoso, estando mais próximos logicamente do que outros, realizados pouco antes do acontecimento”

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 202-3.

⁷⁴ Nesse sentido, VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 161. “*un fait peut être qualifié ‘cause’ d’un dommage si, au moment ou Il s’est produit, Il pouvait normalement, par référence aux donnés de la science, faire prévoir La survenance Du dommage.*”

⁷⁵ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 196

que o juízo *in abstracto* não pode ser uma “mera equação de probabilidades desligada da realidade”.⁷⁶

Para melhor compreensão, vale a análise do exemplo apresentado por Clóvis do Couto e Silva:

Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o, temos o problema. Lançar uma pedra contra outrem pode acarretar-lhe a morte. Dependerá da força, do lugar, das condições físicas de quem a recebeu. A primeira parte do enunciado no exemplo revela a adequação geral, em outras palavras, a possibilidade do evento danoso. Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos, concausa. Mas, poderia também não significar elemento capaz de gerar a morte e nessa hipótese estaria excluída a participação de quem a lançou no nexo de causalidade. Ainda que a pedra e a força com que foi enviada pudessem causar a morte (condição geral), é necessário examinar o caso concreto para ver se o evento sucedeu em decorrência do impacto.

O autor ressalta, ainda, que se a vítima estiver débil física e organicamente, no momento do golpe, ainda assim não se excluirá a participação do autor do golpe⁷⁷. Não se pode esquecer, entretanto, que a causa deve ter sido necessária para a ocorrência do dano, pois sem ela o dano não teria ocorrido. Dessa forma, o golpe será considerado causa porque, sem ele, o dano não teria ocorrido; será considerado causa adequada por ser, no caso, causa necessária⁷⁸ – *conditio sine qua non* – do dano.

2.4. O MODELO DE CAUSALIDADE ADOTADO NO SISTEMA BRASILEIRO

Embora existam teorias para a identificação do nexo causal, o que, de fato ocorre no Brasil, é que a verificação do nexo de causalidade é feita de forma “intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra”⁷⁹. Além de os tribunais brasileiros⁸⁰ confundirem, por

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 205.

⁷⁷ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 196

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 499.

⁷⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar,

muitas vezes, as teorias, a definição doutrinária do tema também não é clara. Isso ocorre porque o nexó causal se trata de um tema deveras complexo, sobre o qual recaiu pouco estudo, sendo comum que tanto a doutrina quanto a jurisprudência não consigam definir os limites de cada teoria⁸¹.

Em que pese a confusão conceitual, há defesa forte da Teoria do Dano Direto e Imediato, por parte de alguns autores, e da Teoria da Causalidade Adequada, por parte de outros. Quanto à Teoria da Equivalência das Condições, como já vimos, não conta com a adesão de parcela significativa da doutrina porquanto amplia demasiadamente o leque de responsáveis por um mesmo dano⁸².

A defesa da Teoria do Dano Direto e Imediato se dá, principalmente, no sentido de que o art. 403 do nosso Código Civil a teria positivado. *In verbis*:

Ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

É importante ressaltar que, embora o artigo trate de inexecução, o que é próprio da responsabilidade contratual, já é consolidado o entendimento de que ele também se aplica à responsabilidade extracontratual⁸³. Para Gustavo Tepedino, a Teoria da Equivalência das Condições e a da Causalidade Adequada foram rejeitadas pela dicção do citado artigo, tendo o legislador optado pela Teoria do Dano Direto e Imediato⁸⁴, o que foi, segundo o autor, ratificado

2005. p. 122.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 195 e 211. “O STF insiste na comprovação da relação de causalidade ‘qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada)’” (STF, RE-Ag.R. 481.110/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. Em 06.02.2007, *DJ* de 09.03.2007, pp. 00050 (Emente. Vol. 02267 – 04, pp. 00625).

⁸¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexó causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 85.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 201.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 50-1.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2. p.92. O autor, defensor da autonomia e prevalência da Teoria do Dano Direto e Imediato, inclui a Teoria da Equivalência das Condições e da Causalidade Adequada no mesmo grupo, afirmando que ambas “gerariam resultados exagerados e imprecisos,

pelo STF⁸⁵. De acordo com tal ponto de vista, o legislador teria optado por não sujeitar o autor do dano a “todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente”⁸⁶.

Por outra senda, é exatamente sobre este aspecto que versam as principais críticas à causalidade imediata: ela obsta a indenização de danos indiretos⁸⁷. Somente a Teoria da Causalidade Adequada permite que a indenização se estenda para além dos danos temporalmente imediatos, abarcando também os mediatos. Note-se que, como já sinalizado, segundo a doutrina da Causalidade Adequada a distância que deve ser levada em consideração entre o fato e o evento danoso, na verificação do nexu causal, “não é propriamente a temporal, mas a lógica”⁸⁸.

O que se depreende do art. 403 é que o nosso ordenamento impõe a necessidade da causa. A matéria discutível se limita a saber se a causa necessária (*conditio sine qua non*) é também adequada e se tem o dano como um efeito direto e imediato – logicamente ou temporalmente imediato – ou se pode abranger efeitos indiretos. A melhor conclusão encontrada é a de que a Teoria do Dano Direto e Imediato não se diferencia, fundamentalmente, da Teoria da Causalidade Adequada⁸⁹, devendo-se seguir “o caminho da *complementariedade e da síntese*”⁹⁰ entre elas.

Note-se que o estabelecimento do nexu causal depende de uma relação necessária de causa e efeito entre o ato ou omissão do agente ofensor e o efeito danoso⁹¹. Dessa forma “a

estabelecendo nexu de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados efetivamente produzidos – por se equivalerem ou por serem abstratamente adequadas a produzi-los”.

⁸⁵ O jurista remete ao memorável voto do Ministro Moreira Alves, proferido em 12 de maio de 1992, citando o seguinte trecho: “Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexu de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexu causal (...)”. BRASIL

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 526.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 214.

⁸⁸ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194-5.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 499.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 214-15.

⁹¹ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 188.

condição *adequada* teria sempre de ser condição *sine qua non* ou, por outras palavras, a *condicionalidade* seria pressuposto da *adequação*⁹².

A síntese entre as duas teorias leva ao entendimento de que a causa é aquela condição adequada e necessária à causação do dano. Assim, um fato somente será causa se sem ele não se haveria causado o dano⁹³ - *necessariedade da causa* – sendo que o agente só poderá ser visto como responsável se o fato for causalmente adequado à produção do dano⁹⁴ – *adequação da causa*.

⁹² PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 393.

⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 184.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 186. “Se o atraso na saída do navio fêz o comerciante perder o carregamento de frutas que só chegou muitos dias depois, a emprêsa responde. Porém não responde se o carregamento partiu no dia certo e a tempestade reteve o navio noutra porto. Nem responde o alfaiate se, não remetendo a roupa ao freguês, esse deixou de tomar a aeronave e perdeu negócio que teria de ser fechado, impreterivelmente, no dia da chegada.”

II A INDENIZABILIDADE DA CHANCE PERDIDA COMO DANO AUTÔNOMO

1. A AUTONOMIA DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE

A aceitação da Perda da Chance como um dano indenizável é o fundamento da teoria clássica da Perda das Chances, que confere um caráter de dano específico à paralisação do processo aleatório, diferenciando-o do dano final⁹⁵. No entanto, como já vimos, não são apenas nos casos clássicos da perda de uma chance que se identifica um dano específico, independente do prejuízo final, pois existe a perda da chance de ter evitado um prejuízo que já aconteceu.

Analisaremos, neste ponto do trabalho, o instituto da perda de uma chance como um dano autônomo e específico, divorciado do dano final. Indiferente se torna, neste momento, se o processo aleatório foi interrompido por uma conduta culposa – hipótese clássica – ou se o dano ocorreu quando poderia ter sido evitado – perda da chance de ter evitado um prejuízo – pois em ambos os casos a perda de uma chance é entendida como um dano em si.

A perda da possibilidade de obter vantagem futura é o que se chama de dano autônomo da perda de uma chance, e será sempre possível observar, nos casos de responsabilidade pela Perda de uma Chance, uma “aposta” perdida por parte da vítima⁹⁶. No caso trazido no primeiro capítulo, o da banda de música que perde a oportunidade de participar de um concurso de bandas, a perda da oportunidade de se apresentar para um grande público e ganhar visibilidade no meio a qual pertence concretiza os elementos inerentes ao dano pela perda de uma chance. Tal não se assenta na perda do prêmio em si, mas puramente no impedimento – provocado por situação que não fora prevista nem poderia ser impedida pelo grupo – de apresentar seu trabalho.

⁹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19.

⁹⁶ CHABAS apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

No exemplo, percebe-se que a vitória da banda no concurso dependeria de inúmeros fatores que não correspondem, minimamente, à responsabilidade da transportadora, tais como a performance frente ao público e aos jurados. Dessa forma, a ligação de causa e efeito existe, somente, entre o extravio dos instrumentos musicais e a perda da chance de continuar no seu processo aleatório. Note-se que a perda dos equipamentos não tem relação de causa e efeito com a perda da vantagem final, qual seja uma guinada de carreira. Esta era uma expectativa que a banda pretendia alcançar através de sua participação no evento, e que fora frustrada pela perda da possibilidade de participar do festival.

Assim – tanto neste caso específico, quanto nos demais – é a chance de alcançar determinado resultado, de auferir certo benefício ou de evitar um dano, que é perdida em razão do ato ou omissão do lesante, que deverá ser indenizada e não o dano final⁹⁷. Isso ocorre porque, entre a perda da chance e o ato danoso, existe um vínculo causal, haja vista que sem a atitude, o resultado não teria ocorrido.

Fica claro, assim, que, para que a perda da chance seja indenizada, a causa deve ser uma *conditio sine qua non* para a perda da chance, ou seja, para a perda da possibilidade de se tentar auferir a vantagem desejada. Na hipótese narrada, o mesmo não ocorre com o dano final (a vantagem em si), pois inexistente nexos de causalidade entre o ato ou omissão do ofensor e a perda da vantagem esperada. É justamente a ausência de vínculo causal entre o ato lesante e o dano final que diferencia a Perda da Chance de qualquer outra espécie de dano⁹⁸.

Como vimos no capítulo anterior, para que exista responsabilidade, é indispensável um nexos causal completo, sendo que as teorias sobre nexos de causalidade por nós adotadas exigem que a causa seja uma *conditio sine qua non* do dano. Ou seja, é preciso que a hipotética ausência da causa corresponda à inoccorrência do dano.

Levando-se em consideração esta exigência da *conditio sine qua non*, evidencia-se ser impossível, a reparação do dano final, tendo-se em vista que a conduta lesante não é causa necessária para o surgimento do dano final. Por outro lado, as chances perdidas, como danos

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 540-41.

⁹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

autônomos, são perfeitamente indenizáveis por terem como causa necessária a ação ou omissão do ofensor⁹⁹.

A chance é intrinsecamente hipotética, pois é apenas uma etapa de um processo aleatório, que pode vir a ter sucesso ou não. Quando a vítima é privada desta chance, ela perde a probabilidade que possuía de que o evento fosse favorável¹⁰⁰. Note-se, portanto, que a perda se materializa numa probabilidade, que terá de ser calculada para que se defina o valor da reparação.

1.1. A SERIEDADE DAS CHANCES

Já vimos que, para que o dano da perda de chance seja indenizável, deve existir nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano da perda da chance, e que tal liame não se estabelece com o dano final¹⁰¹. Assim, somente a perda da chance como dano específico é passível de ser indenizada. Além disso, o dano da perda da chance deve ser certo, sendo incerto apenas se o benefício final seria alcançado caso a chance não tivesse sido perdida¹⁰². É intrínseco, portanto, ao instituto da perda de uma chance, a incerteza quanto à obtenção ou não do dano final.

Mas também o valor da reparação da perda de uma chance depende do grau de probabilidade que existia de ser alcançada a vantagem esperada, ou de ser evitado um dano futuro¹⁰³. Eis que surge uma nova conclusão: para que seja reparado o dano, o ganho da “aposta” deve ser provável.

A perda da chance é a frustração da vítima de permanecer num processo aleatório que estava em curso, ou de interrompê-lo quando tende a um prejuízo, sendo que é, inevitavelmente,

⁹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77. O autor relata a doutrina de Joseph King. Jr.

¹⁰⁰ CHARTIER apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

¹⁰¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20. “Como as doutrinas tradicionais da responsabilidade civil possuem entre os seus requisitos básicos a necessidade da prova da 'conditio sine qua non', a vítima é obrigada a se contentar com a reparação pela perda de uma chance.”

¹⁰² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

¹⁰³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

impossível afirmar que, sem a intervenção da conduta danosa, o resultado esperado aconteceria¹⁰⁴. Caso se pudesse afirmar que, sem o fato danoso, o resultado certamente seria alcançado, estaríamos diante de uma hipótese de lucros cessantes, e não de perda de uma chance.

Dessa forma, a “aposta”, por óbvio, é incerta. Mas qual é o limite desta incerteza? Quais as chances que, quando perdidas, merecem ser indenizadas?

Devem ser indenizadas as chances sérias e reais¹⁰⁵, cuja aposta fosse potencial e provável, devendo ser rechaçada a reparação da perda de chances nos casos em que a possibilidade de obtenção da vantagem esperada fosse eventual e hipotética¹⁰⁶.

Judith Martins-Costa define que

As chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente, que sofre de um câncer incurável, pode, mesmo assim, manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura. Se, diferentemente, o câncer estava numa fase inicial, podendo ser tratado, mas o médico, por negligência, não realiza os exames, ou os interpreta equivocadamente, com certeza se estará diante da perda de uma chance de sobrevida, cientificamente comprovável, sabendo-se que o período de “sobrevida” pode alcançar vários anos, ou mesmo o câncer, em estágio inicial, ser totalmente extirpado.¹⁰⁷

O dano indenizável da perda de chance, como visto, é um prejuízo distinto do dano final, qual seja a perda da vantagem esperada¹⁰⁸. Tal vantagem esperada não passava de uma mera expectativa cuja concretização era incerta, mas que possuía chance séria e real de ser alcançada.

¹⁰⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 674.

¹⁰⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 151. A autora apresenta casos nos quais, segundo ela, embora a chance perdida exista incontestavelmente, a demanda de reparação é rejeitada por a chance não ser séria. “*Dans tous ces cas, la chance existe incontestablement, ce qui devrait normalement inciter les tribunaux à admettre le principe de la réparation quitte à modérer l'évaluation des dommages-intérêts si la probabilité objective du succès apparaît faible. Et pourtant il arrive que, même alors, la demande soit rejetée au motif que la chance invoquée n'est pas «sérieuse» et présente un caractère trop hypothétique*”.

¹⁰⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 22.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 541.

¹⁰⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 678-9.

Caso a chance perdida seja séria e real, ela deverá ser indenizada, sendo necessário estimar o seu valor¹⁰⁹.

Conclui-se, portanto, que a perda de uma chance como dano autônomo e indenizável é o dano sofrido por alguém que frustra sua expectativa séria e real de alcançar uma vantagem ou de evitar um dano. Não é indenizado o dano final, mas a perda da própria chance, que deve ser quantificada de acordo com a probabilidade que a chance oferecia de conquista da “aposta”.

1.2. A ACEITAÇÃO DA PERDA DA CHANCE COMO DANO INDENIZÁVEL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No momento em que é questionada a possibilidade de indenização pela perda de uma chance, surgem duas questões: a primeira, e já discutida, se refere à existência de nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano; a segunda questão, e não menos importante, é a aceitação da perda da chance como um dano reparável no nosso ordenamento jurídico. Ambos os questionamentos são essenciais para que se verifique a aceitação do próprio instituto da perda de uma chance pelo nosso sistema.

1.2.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PERDA DE CHANCE PELO MODELO DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O sistema brasileiro é estruturado de maneira a ter na lei o seu principal fundamento. Dessa forma, o melhor ponto de partida para analisarmos se a perda de uma chance pode ser considerada como um dano – no nosso ordenamento – é observarmos o Código Civil.

¹⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 679. “E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às 'regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece', como se dispõe no art. 335 do Código de Processo Civil.”

Pois bem, o nosso Código Civil apresenta uma cláusula geral de responsabilidade civil¹¹⁰, bem como o fazia o Código Civil de 1916. Havendo uma cláusula geral, cabe à doutrina a determinação do que se deve considerar como prejuízo¹¹¹.

O Código de 1916 tinha no art. 159 a explicitação da cláusula geral de responsabilidade civil, *in verbis*:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Como visto, tal artigo era cingido pelas disposições restritivas dos artigos 1.045-1.061, e 1.536-1.553. Para Clóvis do Couto e Silva, “limitou-se, através destes artigos, a discricção dos juízes”¹¹². Tal autor chegou a sugerir que o Direito brasileiro não havia admitido, por completo, a indenização das chances perdidas, justamente em razão da existência dos artigos limitadores da cláusula geral da responsabilidade civil. Segundo ele,

Talvez tenha sido o Direito francês o primeiro a admitir a indenização das chances culposamente perdidas e a criação jurisprudencial foi possível em razão do Código Civil francês não conter uma enumeração dos bens protegidos, como sucede no Código Civil brasileiro.¹¹³

Apresentava-se, portanto, no Código de 1916 uma limitação à cláusula geral da responsabilidade civil, sendo que, dentre os artigos citados por Clóvis do Couto e Silva como os

¹¹⁰ O Código Civil Francês também adotou uma cláusula geral de responsabilidade civil demonstrada no artigo 1.382: “*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”

¹¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 667, 1991. p. 7.

¹¹² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 667, 1991. p. 9.

¹¹³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 667, 1991. p. 9.

restritivos, “os que de fato pareciam criar determinado embaraço para a indenização da chance perdida, em sua linha de raciocínio, seriam os arts. 1.537 e 1.538 do Código civil de 1916”¹¹⁴.

Entretanto, o novo Código Civil alterou tais dispositivos, dando-lhes a seguinte redação:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. [grifo nosso].

Sendo assim, mesmo que a redação dos artigos 1.537 e 1.538 do Código Civil de 1916 suscitasse dúvidas quanto à aceitação da perda da chance como um dano, isto não mais ocorre, deixando de haver qualquer entrave ao reconhecimento, pelo Código Civil brasileiro, de tal dano como indenizável¹¹⁵.

Não é possível, no entanto, deixar de levar em consideração o essencial requisito de que a chance, para que seja um bem protegido, deve ser séria e real – não meramente especulatória – porquanto passível de adentrar no mundo jurídico como demanda indenizatória. Assim, deve-se diferenciar a perda de uma chance efetiva – dotada de força transformadora da realidade da vítima – daquela que configura puramente uma hipótese distante, um “golpe de sorte”.

Além disso, para que seja indenizável o dano pela perda de uma chance no sistema brasileiro, é preciso que ele se enquadre no já citado art. 403 do Código Civil Brasileiro. Vale recordar que tal dispositivo, ao definir o dano ressarcível, lança o conceito de perdas e danos, o qual é composto pelos prejuízos efetivos e os lucros cessantes. É essencial que se faça uma

¹¹⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 85.

“Art. 1.537. A indenização, no caso do homicídio, consiste: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

“Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito”.

¹¹⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86.

análise do artigo para que se possa concluir se o dano pela perda de uma chance pode ser incluído neste conceito de perdas e danos.

Em síntese, o dispositivo em análise trata dos danos patrimoniais indenizáveis, diferenciando os danos emergentes – aquilo que se perdeu – dos lucros cessantes – aquilo que deixou de ganhar¹¹⁶. Note-se que as perdas e danos se referem somente aos danos patrimoniais, sendo que, para a verificação do dano, deve-se ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, sendo que o dano por vezes diminui o patrimônio do credor, e, por outras vezes, impede-lhe o aumento “pela cessação de lucros que podia esperar”¹¹⁷.

“À base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano”¹¹⁸. Dessa forma, o dano pode recair sobre interesses patrimoniais, ou extrapatrimoniais. Quando o dano se refere a interesses patrimoniais, estamos diante das perdas e danos, sendo que o dano é passível de ser diretamente avaliado e traduzido em dinheiro. Por outro lado, quando o dano se refere a interesse extrapatrimonial, o conteúdo da obrigação de indenizar decorrerá de uma valoração a ser feita pelo julgador¹¹⁹.

O dano da perda de uma chance pode recair tanto sobre interesses patrimoniais quanto extrapatrimoniais¹²⁰. Quando a perda de uma chance se liga a um interesse extrapatrimonial, após a constatação da certeza do dano, o critério para a identificação da obrigação de indenizar será o mesmo utilizado nos demais casos de dano extrapatrimonial: a valoração por parte do juiz. Dessa forma, não há dificuldades em enquadrar a perda de uma chance ligada a um dano extrapatrimonial na mesma espécie que os outros danos deste tipo. Por outro lado, quando o dano da perda de uma chance se refere a um interesse patrimonial, o conteúdo da obrigação de indenizar deverá ser composta pelas perdas e danos¹²¹.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 453.

¹¹⁷ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 173.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 206.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 454.

¹²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 671.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 454.

Sabendo que as perdas e danos englobam os danos emergentes e os lucros cessantes, impõe-se a seguinte questão: será possível incluir o dano pela perda de uma chance no conceito de perdas e danos? Ora, quando a perda de uma chance se refere a um interesse patrimonial – hipótese que nos interessa neste momento – a chance perdida constitui em si, um patrimônio, não havendo razões para diferenciá-la do resto do patrimônio da vítima. Note-se que o dano pode consistir em ter-se tornado o patrimônio de menor valor do que seria sem o acontecimento, ou consistir na pré-exclusão de ganho¹²².

Para esclarecer esta linha de raciocínio, cabe utilizar o pensamento de Agostinho Alvim. Tal autor apresenta o exemplo do dono de um animal raro, que vai apresentá-lo em um concurso, mas é impedido de fazê-lo por culpa da pessoa encarregada da guarda do animal, que o deixa perecer em um acidente. O autor assevera que, antes da competição, o animal tinha seu valor acrescido pela possibilidade da vitória no certame, sendo que esse “a mais” que ele valia entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono. A perda da chance de o animal concorrer ocasiona a perda desse “a mais” que o animal valia, sendo que é esse dano que se quer ver indenizado¹²³.

No mesmo sentido entendem Mazeaud e Mazeaud. Ao citar o exemplo de um cavalo de corrida que é impedido de competir, eles afirmam que o cavalo tinha uma chance de ganhar, e esta chance perdida tinha um certo valor, que, embora seja de difícil valoração, é um dano indiscutível. Asseveram, ainda, que os tribunais devem se esforçar para bem quantificar o valor desta probabilidade e de probabilidades semelhantes¹²⁴.

Dessa forma, tendo em vista que a chance séria e real constitui um patrimônio do devedor, chega-se inevitavelmente à conclusão de que a sua perda se trata de um dano indenizável. Além disso, o nosso sistema apresenta uma cláusula geral da responsabilidade civil que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, desde que preenchidos os demais

¹²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 208.

¹²³ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 194.

¹²⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. t. 1, p. 279-80.

requisitos do dever de indenizar. Nestes termos, não existe razão, no nosso ordenamento, para excluir-se o dano da perda de uma chance do patamar de dano indenizável¹²⁵.

1.2.2 A ACEITAÇÃO DA PERDA DE CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO E A TEORIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ADOPTADA

No que tange à verificação do nexo de causalidade, o Direito brasileiro impõe a necessariedade da causa¹²⁶, sendo que a melhor maneira de verificação do nexo causal se dá através de uma síntese entre as teorias do Dano Direto e Imediato e da Causalidade adequada¹²⁷, percebendo-se que uma causa é necessária justamente por ser adequada, só podendo-se escolher a causa adequada dentre aquelas que, no caso concreto, se mostraram indispensáveis¹²⁸.

Não é possível descartar a aplicação da Teoria da Causalidade Adequada porquanto é ela que desenvolve a percepção de que a proximidade entre o fato causador e o dano é a lógica e não a temporal¹²⁹, ao mesmo tempo em que não é possível descartar a Teoria do Dano Direto e Imediato por ela sequer se diferenciar totalmente da outra¹³⁰. Pelo contrário, a Teoria do Dano Direto e Imediato serve como uma “ferramenta hermenêutica’ para um uma melhor compreensão da Teoria da Causalidade Adequada”¹³¹.

¹²⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 500.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 214-15.

¹²⁸ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 393-4.

¹²⁹ COUTO E SILVA, O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194-5.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 214.

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 214-15.

Conclui-se, assim, que a corrente adotada por nós não prescinde da condição necessária para formar o liame causal entre ação ou omissão e o prejuízo sofrido pela vítima¹³². Resta, enfim, saber se, nos casos da perda de uma chance, é possível preencher-se o requisito da necessidade da causa.

Grande parte da doutrina percebe que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance não depende de uma flexibilização do nexo de causalidade, ou da utilização de uma causalidade alternativa. Bastaria, portanto, uma abertura conceitual em relação ao conceito de dano¹³³.

O Direito brasileiro adotou uma cláusula geral de responsabilidade civil que, como já observamos, é capaz de aceitar a chance como um bem protegido a ponto de sua perda ser passível de indenização. Desta maneira, não se faz necessária, também, uma ampliação do conceito de dano para que englobe a perda das chances.

No caso da perda de uma chance, para que constate a existência de um nexo de causalidade adequada “é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado”¹³⁴. Dessa forma, se a perda da chance for encarada como um dano autônomo – ótica da teoria clássica – veremos que a perda da chance faz com que o resultado futuro deixe de ser aleatório e passe a ser impossível por causa de uma ação ou omissão. “Assim, o ato culposos está em relação de causalidade necessária com a interrupção do processo que nunca se saberá se geraria resultados positivos ou negativos para a vítima”¹³⁵.

A possibilidade de verificação de um nexo de causalidade entre o ato do ofensor e o dano autônomo da perda de uma chance é constatada por Agostinho Alvim, que demonstra seu pensamento com as seguintes palavras:

¹³² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

¹³³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 76.

¹³⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 678.

¹³⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado

Alguém vê julgada improcedente uma ação, que intentou para haver certa quantia. A sentença, proferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver apreciado mal a prova. Todavia, o advogado, por negligência, deixa de apelar. Impossibilitado o recurso, e não sendo caso de ação recisória, não poderá o autor obter o restabelecimento do seu direito.

Pensará então em voltar-se contra o seu advogado, a fim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não interposição do recurso. (...) se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como supusemos, outro dano há, resultante da mesma origem, o qual se pode provar e é, portanto, indenizável.(...)

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa, em segunda instância, constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio, podendo o grau desta probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.¹³⁶ [grifo nosso]

É importante ressaltar que Agostinho Alvim é adepto, sem ressalvas, da Teoria do Dano Direto e Imediato, o que demonstra que a verificação do liame causal através desta teoria permite, verdadeiramente, a reparação pela perda de uma chance como dano específico, desde que preenchidos, evidentemente, os demais requisitos dos danos indenizáveis. Da mesma maneira, a Teoria da Causalidade Adequada – que elege a causa adequada sem deixar de lado a necessidade da causa – permite a constituição do nexo de causalidade entre o ato do ofensor e a perda da chance, admitindo, pois, a indenização por tal tipo de dano¹³⁷.

Nestes termos, conclui-se que não há óbices ao acolhimento do instituto da perda de uma chance como dano autônomo e indenizável. Nas palavras de Judith Martins-Costa, o que é afastado pelo disposto no art. 403 “é o dano meramente hipotético”. Contudo, produzida a “prova da existência do dano e a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real) configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.”¹³⁸

e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.

¹³⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 191-2.

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 527.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 545-46.

1.3. A PERDA DE CHANCE COMO DANO FINAL E A SUA INCOERÊNCIA COM O MODELO BRASILEIRO DE CAUSALIDADE

Até então analisamos a perda de uma chance como uma nova modalidade de dano, autônomo e independente. Entretanto, existe uma corrente que nega a autonomia do dano pela perda de uma chance, sendo que toda argumentação utilizada por esta parcela doutrinária tem como fundamento a indissociabilidade da perda da chance com o dano final. Ou seja, alegam que a perda da chance consiste em um dano inseparável da perda definitiva da vantagem esperada¹³⁹.

Os defensores desta corrente afirmam que é impossível aceitar a perda da chance, por si só, como um dano. Caso contrário, mesmo que a vantagem esperada fosse, de fato, alcançada após o evento danoso, a perda de chance deveria ser indenizada. Para que tal argumento se torne mais palpável, vamos à análise de um exemplo apresentado por Rafael Peteffi, de um cliente que contrata um advogado para fazer uma sustentação oral de apelação. Na hipótese, o advogado, por negligência, esquece de comparecer ao julgamento, mas, mesmo assim, o cliente logrou a procedência do recurso¹⁴⁰.

John Makdisi – que, ao lado de Jacques Boré, é um dos mentores da teoria da causalidade parcial, ora apresentada – afirma que, se a perda da chance for considerada como um dano específico, então deveria ser indenizada até mesmo no caso acima apresentado¹⁴¹. Ele alega, portanto, que a doutrina clássica da perda de uma chance – hipóteses em que o processo aleatório é terminantemente interrompido pelo dano autônomo da perda da chance - deveria considerar reparável a perda da chance em todos os seus casos, independentemente da ocorrência, ou não, do dano final. Assevera, ainda, que, se mesmo depois de constatada a perda da chance, ainda há a necessidade de que a vítima espere até o fim do processo aleatório para que possa intentar ação de reparação, então se chega, inevitavelmente, à conclusão de que a perda da chance é indissociável do dano final. Em suma, a doutrina que não separa a perda da chance do dano final

¹³⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

¹⁴⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52.

¹⁴¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52.

utiliza o seguinte argumento: ou a perda de uma chance é indissociável do dano final, ou – caso tenha sua autonomia reconhecida – deveria ser indenizada mesmo nas hipóteses em que o dano final não ocorreu.

Entretanto, não merece acolhida este raciocínio, pois é impossível haver dano por perda de uma chance – seja ele visto como autônomo ou como inseparável do dano final - nos casos em que a vantagem esperada é alcançada. Ora, se a vantagem final é conquistada, evidentemente não existiu a perda da chance de alcançá-la. Além disso, nos casos clássicos da perda de uma chance, o dano autônomo somente se configura no momento em que, através de um ato ou omissão de um ofensor, é perdida a chance de se continuar num processo aleatório, **destruindo-se, irremediavelmente, a possibilidade de se alcançar a vantagem esperada**¹⁴².

Dessa forma, nos casos em que há a perda da chance de alcançar uma vantagem – ou de evitar um prejuízo – é evidente que a vantagem não será alcançada, pois deixou de existir a possibilidade de conquistá-la. Portanto, não há falar em dano pela perda de uma chance nos casos em que o dano final não tenha se configurado, ou tenha sido obstado mediante outra conduta ou fato (além daquela configuradora da chance impedida), sendo que esta constatação não implica em obstáculo para a aceitação da perda de uma chance como um dano autônomo em relação ao dano final.

Nestes termos, se torna claro que o dano final é uma consequência lógica da perda da chance, pois a hipótese de conquista da vantagem esperada após a perda da chance de conquistá-la é um contra-senso, é algo impossível de acontecer. Assim, tanto para aqueles que percebem a perda de uma chance como dano autônomo, quanto para os que não a separam do dano final, a ocorrência deste é necessária para configurar o dano. Portanto, não existe dúvida sobre se ocorrerá o dano a partir da perda da chance; a dúvida reside somente em se, na hipótese em que a chance não tivesse sido perdida, o resultado seria alcançado.

Ressalta-se, novamente, que para que um dano enseje reparação, é preciso que entre ele e o ato do ofensor exista um liame de causalidade. Além disso, levando-se em consideração que nos casos de perda de uma chance a conduta do ofensor nunca é a única condição possível de causar o dano final – que poderia ser ocasionado por muitas outras razões – conclui-se que a

conduta do ofensor não é uma *conditio sine qua non* para o dano final, mas apenas para o dano da perda da chance. Assim, para que seja possível a reparação do dano final, é preciso que o ordenamento jurídico faça uso de uma teoria do nexo causal que não exija uma *conditio sine qua non*, e foi com o intuito de verificar um nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano final que surgiu a Teoria da Causalidade Parcial¹⁴³, que não é utilizada no nosso sistema.

Explica-se: o nosso padrão de responsabilidade civil, na aplicação do nexo de causalidade, é o do “tudo ou nada”, ou seja, ou o vínculo causal é totalmente provado, ou não é, sendo impossível uma gradação causal. O que a Teoria da Causalidade Parcial propõe, por seu turno, é justamente a gradação causal, rechaçada pelas nossas teorias. Ou seja, a Teoria da Causalidade Parcial afirma que o ato ou a omissão danosos possuem uma proporção de causa em relação ao dano final, não exigindo portanto, uma completude do nexo causal.

Para tal teoria, o dano final é ocasionado por muitas causas – algumas até mesmo desconhecidas – sendo que a perda da chance de permanecer no processo aleatório até o seu fim tem a sua parcela de causa em relação ao dano final¹⁴⁴. Além disso, é defendido que o juiz deve apreciar estatisticamente a relação causal entre o fato gerador da responsabilidade e o dano, sendo que, caso o juiz não utilize a estatística, terá de fazer presunções, que são mais fracas – cientificamente falando – como fundamento do livre convencimento do juiz.¹⁴⁵

De acordo com Rafael Peteffi da Silva¹⁴⁶, a doutrina da causalidade parcial visa a permitir que a perda de uma chance seja indenizada em alguns casos em que, pelo olhar da autonomia da perda das chances, não deveria haver reparação. Pelo raciocínio da causalidade parcial, a indenização se dará na medida da proporção de causa entre a ação lesante e o dano, independentemente se a proporção é de 10% ou de 80%. Por outro lado, caso a perda de chance seja vista como um dano autônomo, para que haja indenização, deverá existir um caráter sério e

¹⁴² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 669-70.

¹⁴³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.

¹⁴⁴ BORÉ apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58. “todo processo etiológico é uma combinação entre lei causal e lei aleatória. Tal combinação pode ser encontrada na responsabilidade civil pela perda de uma chance, visto que o dano é formado por fatores conhecidos e desconhecidos.”

¹⁴⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59-60.

¹⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e*

real em tal chance, de tal modo que, provavelmente, em um caso em que a chance perdida representasse 10% de probabilidade de alcance da vantagem final, a chance não estaria revestida de seriedade suficiente para ensejar reparação.

Se, pois, a perda da chance for encarada como indissociável do dano final, através da causalidade parcial provavelmente se concluiria, por bem, que a chance perdida fosse indenizada, na proporção de causalidade, nas duas hipóteses – chance representando 10% ou 80% de possibilidade de sucesso. No entanto, se a chance for vista como um dano autônomo, a maior probabilidade é que somente seria permitida a indenização no caso em que a chance representasse 80% de possibilidade de sucesso, porquanto, provavelmente, a chance de 10% não seria vista como eivada de realidade e seriedade. Note-se, todavia, que as hipóteses de chance com 10% ou 80% de possibilidade de sucesso não passam de mera ilustração, pois é somente a análise aprofundada do caso concreto que possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances¹⁴⁷.

Através da concepção de nexos causal adotada no Direito brasileiro, torna-se impossível de reparação do dano final, pois o ato do agente ofensor – que atravessou o processo aleatório e ocasionou a consequente perda de chances – não é causa necessária do dano final. Ou seja, considerando-se que o ato lesivo não é uma *conditio sine qua non* do dano final, é impossível que a reparação corresponda ao total esperado pela vítima.¹⁴⁸ Dessa forma, visto que o prejuízo final não tem uma relação de causalidade totalmente provada com o ato do ofensor, vem a Teoria da Causalidade Parcial depor no sentido de que é possível conceder-se a reparação para um prejuízo parcial.¹⁴⁹

A corrente ora apresentada afirma que o magistrado pode **“reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com o erro do ofensor”**¹⁵⁰ [grifo do autor]. Além disso, é

brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50-1.

¹⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 23.

¹⁴⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19-20.

¹⁴⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.

¹⁵⁰ BORÉ apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.

afirmado, pelos defensores de tal escola, que somente se poderia auferir reparação, nos casos de responsabilidade por perda de chances, através da causalidade parcial.

Dessa maneira, tal doutrina afirma que a perda de uma chance não constitui um dano autônomo, sendo que todos os seus casos se calcam na ideia da causalidade parcial. Conclui-se, portanto, que a Teoria da Causalidade Parcial utiliza as chances perdidas “apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”.¹⁵¹

No que tange à quantificação, como o vínculo causal entre o ato do ofensor e o prejuízo final não é completo, a Teoria da Causalidade Parcial entende que o valor da indenização deve ser um percentual da vantagem esperada, sendo que tal percentual é correspondente ao de causalidade. Dessa forma, “se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experienciado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido”.¹⁵²

Conclui-se, mais uma vez, que em todos os casos de perda de uma chance a vítima sofre um dano que é muito fácil de identificar: a perda da vantagem que esperava angariar. Tal perda é o dano final, que pode corresponder à perda do festival de música, para uma banda; à perda do processo judicial, para o demandante, à perda do prêmio do rodeio, para um peão. Entretanto, a conduta do lesante não caracteriza uma *conditio sine qua non* para a perda da vantagem esperada. Como a verificação do nexu causal, no nosso sistema, não permite uma causalidade parcial, “utilizando-se do conceito de tudo ou nada” nunca poderá ser indenizado o dano da perda da chance como ligado ao dano final.¹⁵³

Já vimos que ambas as teorias sobre o nexu causal utilizadas no Direito brasileiro – tanto a Teoria da Causalidade Adequada, quanto a Teoria do Dano Direto e Imediato – exigem a prova da *conditio sine qua non*¹⁵⁴. Portanto, como consequência do nosso sistema de verificação do

¹⁵¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

¹⁵² MAKDISI apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

¹⁵³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59.

¹⁵⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e

nexo causal, para que possa haver indenização, deve-se isolar as chances perdidas como danos autônomos, sob pena de que a vítima não seja reparada de nenhuma forma.

Para ilustrar a conclusão, vale observar o belíssimo exemplo trazido por Agostinho Alvim e que demonstra – de forma ainda atual – a impossibilidade de indenizar-se o dano final, mas apenas o dano autônomo da perda de uma chance:

Suponha-se que alguém vai concorrer em um certame, onde apresentará um animal havido como raridade, de modo a candidatar-se a um grande prêmio.

Todavia, a pessoa incumbida de sua guarda deixa-o perecer, num acidente que poderia ter evitado.

Ora, se o dono do animal, ao demandar o prejuízo, incluir aí o prêmio, é certo que a sua pretensão terá que ser repelida.

Tal lucro era hipotético.

Mas é inegável que o animal, antes do certame, e tendo probabilidade de levantar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, nesse momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço.

Esse a *mais*, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono.

De modo que, se o que se pede é esse a *mais*, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e, sim, do real.

Ao juiz, apreciando as circunstâncias, cabe firmar o *quantum* dessa indenização¹⁵⁵ [grifo do autor]

2. A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE

O dano da perda de uma chance, aqui retratado, é visto como autônomo e indenizável. Isto porque, como já asseverado, o nosso sistema de verificação do nexo causal não permite que a vítima prove a existência de um liame de causalidade entre a conduta do ofensor e a perda definitiva da vantagem esperada. No entanto, é possível demonstrar o nexo entre o ato lesante e a

brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

¹⁵⁵ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 194.

perda da chance, sendo que, o que resta para a vítima, é postular a indenização pela perda da própria chance como dano específico¹⁵⁶.

Tendo-se constatado a existência do dano, qual seja a perda da chance, e verificado um nexo de causalidade entre o ato lesivo e tal dano, resta estabelecer o valor da reparação. Parte-se da premissa que a chance perdida tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. Além disso, como já ressaltado, o caráter aleatório da chance perdida não pode representar um obstáculo à admissão do princípio da reparação dos danos¹⁵⁷.

Passaremos a analisar, assim, diretrizes para a quantificação do dano da perda de uma chance. Após, será feita uma análise de casos para que se verifique se a praxe dos tribunais anda em coerência com a doutrina no que tange à reparação das chances perdidas.

2.1. CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Ao tocar-se no assunto da indenização pela perda de uma chance, surge logo uma primeira, e necessária, observação: a reparação pela perda da chance deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem final esperada pela vítima¹⁵⁸. Isso ocorre porque a chance é intrinsecamente aleatória, o que deve ser considerado pelos magistrados no momento de conferirem a indenização¹⁵⁹.

É importante ressaltar que, o fato de a indenização da perda da chance ter de ser sempre menor que o valor do dano total, não significa de maneira alguma que se está conferindo à perda da chance uma reparação parcial. Geneviève Viney assevera que a indenização da perda de uma chance está submetida ao princípio da reparação integral, mas os juízes não podem deixar de

¹⁵⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142.

¹⁵⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 68.

¹⁵⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142-3.

¹⁵⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 27.

levar em consideração a álea que afeta a realização da chance perdida. Assim, o dano da perda da chance é reparado de forma integral, mas seu valor, inevitavelmente, é inferior ao do dano final¹⁶⁰.

Ainda cabe lembrar que o dano pode ser tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, cuja distinção não está em causa¹⁶¹, e, mesmo nos casos de dano moral, deve ser seguida a regra de que a reparação da perda da chance deve ser menor que o valor do dano final¹⁶². Esta regra deve ser “o grande referencial para a quantificação das chances perdidas”¹⁶³, as quais devem ter um caráter sério e real para que possam ser indenizadas. Sendo real e séria, a chance deixa de ser mera hipótese, tomando as vestes de uma “*probabilidade real*”¹⁶⁴.

Além da observação da seriedade das chances perdidas, deve-se adequar a indenização à álea inerente à aposta, em cada caso concreto¹⁶⁵, pois se chega ao valor da chance perdida através de um *cálculo de probabilidades* de sucesso, que o processo aleatório possuía¹⁶⁶. Assim,

Como bom exemplo (...) tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.¹⁶⁷

¹⁶⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 84.

¹⁶¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 671.

¹⁶² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 143.

¹⁶³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 144.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 541-42.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 541.

¹⁶⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 199.

¹⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 144.

Ressalta-se que, no exemplo citado, confere-se indenização a uma chance perdida que tinha, estatisticamente, vinte por cento (20%) de probabilidade de obter sucesso. Assim, faz-se necessária a alusão à posição adotada pela Corte de Cassação italiana.

A *Corte di Cassazione* considera que a chance perdida somente poderá ser indenizada nos casos em que a possibilidade de se conseguir a vantagem esperada for superior a cinquenta por cento (50%).¹⁶⁸ De acordo com essa posição, para encontrar o valor da indenização, o juiz parte do dano final, fazendo incidir sobre este o percentual de probabilidade de se obter a vantagem esperada, sendo que somente serão indenizadas as chances cujo percentual de probabilidade for superior a cinquenta por cento (50%)¹⁶⁹. Dessa maneira, se for adotada a posição majoritária italiana, não se poderá aceitar como correto o exemplo apresentado anteriormente, pois, na hipótese, o exame de probabilidades demonstrou que o cavalo possuía menos de cinquenta por cento (50%) de chances de auferir o prêmio final.

Na esteira desse raciocínio, também, não seria possível a indenização no famoso caso do “show do milhão”¹⁷⁰. Trata-se de um julgado do STJ em que, conforme o relatório, a autora da ação havia participado do programa de perguntas e respostas, da emissora de televisão SBT, intitulado “Show do Milhão”¹⁷¹. O prêmio máximo oferecido no programa era de R\$ 1.000.000,00, que seria entregue ao participante que respondesse corretamente todas as perguntas formuladas, as quais, sendo de múltipla escolha, tinham quatro opções de resposta.

A autora da ação, quando participante do dito programa, respondeu corretamente a todas as questões até a penúltima, tendo até então, acumulado o montante de R\$500.000,00. Bastava, portanto, que ela acertasse a última pergunta para que auferisse o total do prêmio. Ocorre que a “pergunta do milhão” – como era chamada a última questão – não possuía resposta correta, o que fez com que a participante fosse impedida, inexoravelmente, de responder corretamente a questão¹⁷². Assim, ela saiu do programa com R\$500.000,00 e intentou uma ação postulando

¹⁶⁸ Note-se, entretanto, que, a jurisprudência italiana também parte da premissa de que a indenização pela perda de uma chance será sempre inferior ao valor do dano final. Assim, SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

¹⁶⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 32.

¹⁷⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 75.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459 – BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas LTDA. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005.

¹⁷² A questão era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”

indenização por danos materiais e morais. Após sentença, sobreveio Recurso Especial, cujo relator – Ministro Fernando Gonçalves – entendeu que houve a perda da oportunidade de auferir o prêmio final, por parte da participante do programa, ora recorrida.

Quando da quantificação, o Ministro concluiu nos seguintes termos:

A quantia sugerida pela recorrente (R\$125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

O acórdão, por unanimidade, entendeu que a chance, com vinte e cinco por cento (25%) de probabilidade de sucesso, era séria e real. Em caso contrário, se tivesse sido utilizado o critério da *Corte di Cassazioni*, a perda da chance não poderia ter sido indenizada. Ora, em casos como o esposado, o dano é evidente, e, pela impossibilidade de se verificar um nexo causal entre o ato do ofensor e o dano final, é preciso que o dano da perda da chance seja indenizado, sob pena de que a vítima não receba nenhuma reparação.

De fato, o critério utilizado pela Corte de Cassação italiana faz com que se verifique a seriedade e a realidade das chances perdidas de forma demasiadamente objetiva, enquanto que, somente a análise do caso concreto permitirá tal verificação. Aceitar a restrição de que, somente serão indenizadas as chances perdidas nos casos em que se verificava mais de cinquenta por cento (50%) de probabilidades de sucesso seria sobrepor a forma à matéria; o ideal ao real.

Assim, não parece adequado ter por parâmetro um determinado percentual de probabilidade de sucesso da chance para que a mesma seja indenizada. A avaliação deve ser feita diante do caso concreto: sendo a chance perdida real e séria, ela deverá ser reparada.

Resposta: 1 - 22%
 2 - 02%
 3 - 04%
 4 - 10% (resposta correta)”

O Min. Fernando Gonçalves, em seu voto, conclui que: “Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas (...)”

Note-se que a chance perdida constitui um dano e, apesar de ser aleatória a possibilidade de se obter o benefício em expectativa, a perda da chance séria e real de se auferir uma vantagem que tenha como causa necessária um ato ou uma omissão de certo agente ofensor, deve ser indenizada. Contudo, o grau de probabilidade de êxito deve ser levada em conta para que se determine o *quantum debeatur*, e não o *an debeatur*¹⁷³.

Efetivamente, é o grau da probabilidade de sucesso que a chance possuía o elemento que deve ser considerado para estabelecer-se o valor da reparação. Dessa forma, o diferencial do dano da perda de uma chance em relação às demais espécies de danos é que a sua reparação se dará a partir do cálculo de probabilidade que havia de alcance da vantagem esperada, ou, nos casos em que o processo aleatório tende a um prejuízo, o grau de probabilidade de o dano ser evitado.

Nestes termos, conclui-se que a determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado é diretamente proporcional à probabilidade que existia, maior ou menor, de o resultado final se concretizar. Nos casos em que existam condições de determinação do valor do dano total e do grau de probabilidade, o cálculo será relativamente fácil. Por outro lado, nos demais casos, a valoração do dano será trabalhosa, mas não mais difícil que nos casos de quantificação dos danos extrapatrimoniais¹⁷⁴.

Ressalta-se, por fim, que o valor da indenização tem por base a forma de percentagem do dano final, mas não se trata de reparação parcial. A indenização, também aqui, tem por medida a extensão do dano, ou seja: é integral. “O que acontece é ter a chance perdida um valor menor do que o dano dito final”¹⁷⁵.

2.1.1 UMA AMOSTRAGEM PRÁTICA: O ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

A fim de se verificar como tem sido quantificado o dano da perda de uma chance, foi feita uma análise de todas as decisões em apelações cíveis localizadas no Tribunal de Justiça do

¹⁷³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 679-80.

¹⁷⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 679-80.

¹⁷⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 679-80.

Rio Grande do Sul que mencionaram a teoria. A escolha do tribunal não se deu de forma aleatória, pois este foi o pioneiro na aplicação da teoria, e é onde se encontra maior vastidão de julgados acerca do tema.

Das decisões encontradas, a primeira em que o tribunal discutiu a teoria data de 1990. No caso, a autora buscava ressarcimento do prejuízo sofrido em razão do insucesso de uma cirurgia que realizara para a correção de miopia – de grau 4,00 – no olho direito. Ocorre que, após a cirurgia, a autora apresentou hipermetropia de grau 2,00 e cicatrizes na córnea, o que acarreta distúrbios de visão.

Embora o réu tenha negado a sua culpa – atribuindo-na ao comportamento pós-operatório da autora – o recurso foi provido, por ter-se comprovado que a lesão resultou da conduta culposa do médico. Contudo, não foi reconhecida no caso a perda de uma chance – como postulava a apelante – pois, “na perda da chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente. (...) Aqui houve nexo de causalidade entre o comportamento do réu e o dano sofrido pela paciente”¹⁷⁶.

Durante toda a década de 1990, se logrou localizar o instituto da perda de uma chance em apenas 5 apelações cíveis. Entretanto, verificou-se uma crescente aplicação da teoria com o passar do tempo, sendo que o grande “boom” aconteceu no ano de 2007, com 30 apelações cíveis discutindo a referida matéria.

No total, foram encontradas 119 apelações cíveis apreciando a teoria, sendo que em 42 acórdãos houve condenação a indenizar a perda de uma chance. Entretanto, o cotejamento dos julgados apontou a que a teoria talvez não esteja recebendo o tratamento mais adequado na prática. O que acontece com grande parte dos casos, é que a doutrina é bem apresentada; contudo, no momento de utilizá-la para quantificar o dano, não é possível verificar a efetiva análise do caso concreto. Tal constatação deixa transparecer que a determinação do valor da indenização, em verdade, passa a ser meramente aleatória.

Exemplo disso é o julgado cujos autores adquiriram imóveis da demandada mediante contrato particular de promessa de compra e venda, sendo que adimpliram todas as parcelas de

¹⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.589069996. Relator: Des.

pagamento, com exceção da última – a ser paga na data de assinatura da escritura¹⁷⁷. Durante o prazo, os autores locaram a um terceiro um dos imóveis que adquiriram da demandada, por meio de uma carta de compromisso, sendo que a assinatura do contrato de locação pressupunha a transferência imobiliária dos imóveis adquiridos. No entanto, a demandada não transferiu os imóveis, o que ocasionou o distrato dos autores com a terceira locadora. Os autores ingressaram com ação ordinária postulando indenização por perdas e danos, sendo que a decisão de primeiro grau, entendendo que o pré-contrato de locação celebrado entre as autoras e o terceiro foi rescindido em razão da mora das demandadas em outorgar a escritura definitiva, condenou as rés, a título de lucros cessantes, a pagarem o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Sobreveio recurso de apelação de ambas as partes, em cujo acórdão foi demonstrado que, na verdade, a hipótese se tratava de dano pela perda de uma chance. Na decisão, encontram-se explicações no sentido de que “a reparação não é do dano, mas sim da chance”, e a doutrina é bem apresentada, restando claras as diretrizes que devem ser utilizadas na quantificação deste tipo de dano. Entretanto, no momento em que o *quantum* é apreciado, a decisão sequer analisa quais eram as chances encontradas no caso concreto. Ao contrário: sem apreciação dos fatos, foi mantido o *quantum* definido na decisão de primeiro grau.

Essa postura decisória não foi isolada: dentre os 42 acórdãos que condenaram o autor do dano à indenização pela perda e uma chance, 14 se deram dessa forma: narraram a teoria no sentido de que a indenização deve ser da própria chance, e que o valor deve ser correspondente à probabilidade de alcance da vantagem esperada ou de evitar o dano final. Entretanto, no momento de determinar o *quantum*, não é feita nenhuma análise de qual era a probabilidade da chance – como deveria ter sido feito - condenando-se à indenização de um valor que parece puramente arbitrário.

Constatou-se, ainda, que, dentre estas 42 condenações, 9 decisões explicaram a teoria da perda de uma chance – concluindo que se aplicava ao caso – mas sequer citaram que tal teoria implica em uma forma especial de quantificação. Ou seja, 9 decisões condenaram à indenização

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 12 de junho de 1990.

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015235575. Relator: Des. MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA, julgado em 11 de dezembro de 2007.

pela perda de uma chance sem sequer explicar que tal dano merece uma diferenciada apreciação no que tange ao seu *quantum* indenizatório.

Como exemplo de tal espécie tem-se um julgado de agosto de 2007¹⁷⁸, no qual o autor alegou ter contratado os serviços advocatícios do réu para que ingressasse com ação buscando sua reintegração e estabilidade no Exército Brasileiro. Sobreveio sentença que julgou improcedente o pleito, e o réu interpôs recurso de apelação intempestivamente. Posteriormente, o autor ingressou com ação postulando a condenação do requerido ao pagamento de indenização no valor de R\$ 86.764,56, equivalentes a 24 parcelas da remuneração do cargo de 1º Tenente.

No corpo do acórdão verifica-se a constatação de que “havia uma chance de o autor restar vencedor na demanda proposta, a qual acabou frustrada pela perda do prazo recursal”, estando o dano moral¹⁷⁹ consubstanciado na “perda de uma chance”. A doutrina da perda de uma chance é sucintamente explicada através de citação de Mazeaud e Mazeaud. Contudo, no momento da quantificação do dano, não é mencionado o método ou critérios que levaram à fixação do valor da indenização: simplesmente a sentença é mantida no que tange à quantificação do dano, nos seguintes termos:

O dano moral, desse modo, está consubstanciado na denominada “perda de uma chance”.

A propósito, relativamente à perda de uma chance, MAZEAUD e MAZEAUD referem que são numerosos os casos em que uma pessoa se queixa de ter perdido uma probabilidade por culpa de outra. Sem dúvida, não há certeza quanto ao ganho, mas é certo que havia uma probabilidade e ela foi perdida. Aí existindo um prejuízo que não é hipotético (Lecciones de Derecho Civil, 2ª Parte, Volume II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pág. 73).

Quanto ao valor da reparação, resta fixado na quantia equivalente a 10 salários mínimos (...).

Ainda, certos julgados – em número de 8 – foram mais além: concluíram que a perda de uma chance era aplicável ao caso concreto, explicaram como deveria ser quantificado o dano e aplicaram a teoria. No entanto, a explicação de como deve ser quantificada a perda de uma chance passou longe daquilo que a doutrina tem entendido por adotar. Ou seja, 8 julgados aplicaram a teoria da perda de uma chance ao caso concreto utilizando-se de critérios que sequer consideram a probabilidade que a chance tinha de ser auferida.

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018800425. Relator: Des. LEO LIMA, julgado em 08 de agosto de 2007.

Observe-se o seguinte acórdão¹⁸⁰: a autora contratou os serviços advocatícios do réu para que ingressasse com mandado de segurança, por ter sido impossibilitada de se matricular em uma disciplina da faculdade que cursava. O mandado de segurança foi impetrado e denegado, sendo que o réu entrou com recurso intempestivamente.

Numa primeira análise, o caso parece tratar de perda de uma chance clássica. Entretanto, durante a instrução constatou-se que as chances que a autora tinha de ver seu recurso provido eram vagas, o que está expresso na decisão de primeiro grau nos seguintes termos:

É verdade que as chances da autora de obter a reforma da decisão de 1º grau que lhe foi desfavorável eram remotas. A sentença que denegou a segurança, cuja cópia consta às fls. 15/19, tem amparo jurídico no Regulamento da Escola de Medicina da Universidade Católica de Pelotas. Contudo, tal circunstância não afasta a responsabilidade civil dos réus, que não foram diligentes na condução do processo ao perderem o prazo para recorrer da sentença proferida no mandado de segurança.

Tal constatação não impediu que o acórdão reconhecesse a perda de uma chance, que sequer levou em consideração o critério de seriedade e realidade das chances, afirmando que:

não se está a cogitar de que a simples interposição do recurso ensejaria a procedência do desiderato da impetrante.

O que se releva do procedimento do apelante é a perda da chance, que assim não viu apreciado o recurso interposto, com a finalidade de reverter a sentença que denegou o mandamus.

Além disso, mesmo após o reconhecimento do dano como sendo o da perda de uma chance, isso sequer foi levado em consideração no momento de fixar-se o *quantum* indenizatório. No caso, foi mantido o valor arbitrado na sentença sob o argumento de que a decisão de primeiro grau havia levado em consideração os elementos necessários à quantificação, quais fossem “gravidade do dano, o comportamento do ofensor e do ofendido - dolo ou culpa, sua posição social e econômica, a repercussão do fato, à vista da maior ou menor publicidade, a capacidade de absorção por parte da vítima, etc”. Ou seja, além de ter-se condenado à indenização pela perda

¹⁷⁹ Indenizou-se a perda de uma chance de ver uma demanda judicial provida como dano moral, o que não encontra amparo nos fatos relatados no acórdão.

¹⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006606487. Relator: Des. PAULO ANTÔNIO KRETZMANN, julgado em 06 de novembro de 2003.

de uma chance que era “remota”, sequer cogitou-se as probabilidades de conquista da vantagem esperada no momento da quantificação do dano.

Por fim, se somaram em apenas 11 – dentre as 42 condenações – os julgados que entenderam que a perda de uma chance era aplicável ao caso concreto, explicaram que a chance deve ser indenizada como um dano autônomo e de acordo com a probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem, e examinaram – mesmo que sucintamente – quais eram as chances no caso concreto.

Analisa-se um acórdão que, embora de forma bastante superficial, aprecia a chance perdida no caso concreto¹⁸¹. Trata-se, mais uma vez, da responsabilidade civil do advogado que interpôs o recurso fora do prazo, impossibilitando a revisão da matéria em grau recursal. O acórdão, de forma clara, explica que o objeto da obrigação do advogado – por ser de meio e não de resultado – não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente, e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual. Ainda, que, sendo uma responsabilidade objetiva, “imprescindível a determinação de *falha ou omissão do profissional*”.

A decisão esclarece, outrossim, que a perda de uma chance representa um critério de liquidação do dano causado pela conduta culposa do agente, que, no caso, é o advogado, afirmando que o pertinente no caso “é a perda da chance, ao deixar de recorrer de julgamento desfavorável ao cliente”. Quando da quantificação do dano, a decisão observa o caso concreto, de forma sucinta, nos seguintes termos:

(...) presente o nexo causal e o dano, resulta a obrigação do apelante em reparar os prejuízos efetivamente sofridos.

Entretanto, não reputo razoável condenar o advogado à reparação dos danos com base no valor da causa (do proveito econômico do Estado, no caso de vitória), como se a tempestiva interposição do recurso acarretasse, necessariamente, o êxito na demanda.

De fato, a lei não estabelece critérios objetivos para a fixação do *quantum* indenizatório que deflui da perda de chance, devendo ser dosado mediante o prudente arbítrio do julgador.

Portanto, nessas condições, imperioso atentar-se ao grau de culpa do profissional, à dimensão da ofensa e às condições do ofensor e do ofendido.

Nesse contexto, observo que a conduta profissional desidiosa do apelante foi a perda do prazo para interposição do recurso cabível na ação trabalhista patrocinada, o que poderia ter mudado o resultado da referida demanda.

¹⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70026654293. Relator: Des. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, julgado em 23 de julho de 2009.

Além do evidente descaso, a perda do prazo recursal traz ínsita uma culpa em grau elevado, pois poderia ter modificado os rumos do processo, inclusive com decisão favorável ao ente estatal, porém não na proporção estabelecida pelo Juiz “*a quo*”, que fixou a indenização no prejuízo total (R\$ 7.300,00) suportados pelo ente estatal com a perda da ação trabalhista.

Por outro lado, máxima vênia parece ser aviltante a sugestão do apelante, na fixação da indenização em apenas 2 URHs, pois, repito, eventual interposição do recurso poderia ter mudado os rumos da decisão proferida na ação trabalhista, trazendo melhor sorte ao Estado.

Com efeito, observadas as peculiaridades do caso, considero razoável a fixação do valor indenizatório em R\$ 3.000,00 (três mil reais), além das 2 URHs (referentes às custas do recurso), quantia que se mostra necessária e suficiente para reparar o prejuízo, sem representar enriquecimento sem causa do erário.

Ressalta-se que no presente acórdão não foi feita uma análise detalhada das probabilidades que existiam de a demanda ser provida, para então quantificar-se o dano a partir de tais probabilidades. Entretanto, esta decisão considerou algumas peculiaridades do caso.

2.2. O DEBATE SOBRE A INDENIZAÇÃO DA PERDA DE CHANCE NA SEARA MÉDICA

A aplicação do instituto da perda de uma chance na seara médica tem merecido atenção diferenciada da doutrina. De fato, a teoria da perda de uma chance no âmbito da medicina – como em seus outros casos – traz à luz uma discussão entre certeza e incerteza. A incerteza está no fato de que não é possível afirmar que a cura, ou ao menos uma melhora do estado do paciente, seria alcançada caso a conduta culposa médica não tivesse sido cometida. A certeza, por seu turno, está no fato de que o paciente, antes da ação do médico, possuía chances de cura ou de melhora, e sabe-se que a conduta médica privou o paciente destas chances¹⁸².

Ressalta-se que para haver reparação, deve existir uma linha de causalidade necessária entre o dano e a conduta danosa, sendo que tanto o direito brasileiro quanto o direito francês –

¹⁸² COUR DE CASSATION, Publications de la cour. *La causalité à l'épreuve du caractere multifactoriel des dommages*. Paris: 2007. Disponível em: <

que abarca grande parte da doutrina sobre a perda de uma chance – adotam uma teoria de causalidade que somente considera determinado fato como causa do dano se ele for uma condição necessária para o seu surgimento. Assim, tanto o ordenamento francês – onde se busca um alicerce doutrinário – quanto o ordenamento brasileiro exigem que o fato, para ser causa, deve ser uma *conditio sine qua non* do dano¹⁸³.

De fato, toda a aplicação da teoria da perda de uma chance em matéria médica deve conviver com a incerteza e a certeza, sendo que esta polêmica ensejou o surgimento de posições doutrinárias extremas e opostas. René Savatier em 1966, publicou uma manifestação rechaçando a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica sob o argumento de que o juiz não pode fundamentar a sua íntima convicção com uma média encontrada pelo perito, o que pode acontecer é o auxílio da estatística para a formulação final da íntima convicção¹⁸⁴. Nesse sentido, Savatier apresentou a sua posição, concluindo que, sempre que o juiz não encontrar certeza para condenar o médico e o hospital, deverá improceder totalmente a demanda indenizatória¹⁸⁵.

O principal argumento apresentado para rechaçar a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevida, é o de que, na maioria destas hipóteses, as chances são observadas no passado, pois o processo que era aleatório já não é mais, já tendo ocorrido o resultado final: a morte ou a invalidez do paciente. A única dúvida que resta é se existe nexo de causalidade entre o ato ou omissão do médico e o dano final¹⁸⁶.

Ou seja, a escola capitaneada por Savatier afirma que a perda da chance de cura ou de sobrevida não pode constituir um dano autônomo, porquanto subordinada ao dano final. O argumento tem por alicerce o fato de que se o paciente não apresentar seqüela, mesmo que exista uma falha médica evidente, o médico não poderá ser condenado a reparar nada, porquanto o dano

Acesso em: 25 nov. 2009.

¹⁸³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 123.

¹⁸⁴ COUR DE CASSATION, Publications de la cour. *La causalité à l'épreuve du caractere multifactoriel des dommages*. Paris: 2007. Disponível em:

<http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_survenus_2650/etablissement_responsabilite_2651/caractere_multifactoriel_11383.html#2.1.2.2>.

Acesso em: 25 nov. 2009.

¹⁸⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

¹⁸⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 87.

é inexistente. Assim, mesmo que o médico tenha retirado algumas chances de vida ou de cura do paciente, se a morte ou a invalidez não acontecerem, não se verificará dano algum¹⁸⁷.

Esta corrente separa, portanto, os casos clássicos da perda de chance – quando o processo é interrompido e pode-se identificar o dano autônomo da perda da chance – dos casos em que o processo vai até o seu final, sendo que exclui desta última hipótese todos aqueles casos já examinados em que o processo aleatório vai até seu fim apesar de não se referirem à área médica¹⁸⁸.

De fato, a corrente majoritária na França separa a perda de uma chance em duas esferas: casos em que a chance perdida constitui um dano autônomo e casos pertinentes à seara médica¹⁸⁹. Entretanto, uma parte desta corrente – capitaneada por Geneviève Viney – não rechaça a aplicação do instituto da perda de uma chance nos casos médicos, apenas entende que, nestes casos, o dano final é que deve ser reparado, sendo que o nexos de causalidade será verificado por presunções¹⁹⁰. Explica-se: Viney assevera que existe uma tendência sistemática de admissão de presunções causais por parte tanto da lei quanto dos tribunais. Ela cita como exemplos de casos em que são aceitas presunções causais, na França, as hipóteses de acidentes nucleares, de acidentes do trabalho, acidentes de trânsito, da responsabilidade do guardião da coisa, dos pais pelos filhos e da obrigação de resultado¹⁹¹.

A autora vai além e afirma que a jurisprudência consagrou uma outra forma de presunção de causalidade: a da criação de riscos. Ela se refere aos casos em que alguém, voluntariamente ou negligentemente, cria uma situação de risco de causar um dano, e o dano de fato ocorre, mas é impossível de afirmar que foi a conduta de risco que causou o dano. Nestes casos, afirma que os

¹⁸⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 87. O autor, nesta parte do texto, demonstra o pensamento de PENNEAU, Jean, adepto da escola ora apresentada.

¹⁸⁸ Em todos os casos de perda de uma chance de ter evitado um dano que já ocorreu, o processo não é interrompido, porquanto vai até seu fim. A corrente ora apresentada, por outro lado, entende que somente nos casos da seara médica o processo aleatório chega ao seu final.

¹⁸⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 89.

¹⁹⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 200.

¹⁹¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 184-190.

tribunais admitem as presunções causais, baseando-se nas noções de probabilidade e previsibilidade, para suprir a prova da causalidade¹⁹².

Nesse sentido, Viney entende que, nos casos de perda de uma chance por culpa médica, devem ser utilizadas as presunções de causalidade sob o argumento de que mesmo quando a conduta do médico não foi a única causa do estado atual do paciente, no mínimo comprometeu as suas chances de melhora¹⁹³. Ela diferencia, portanto, a perda de uma chance na seara médica – onde devem ser utilizadas as presunções causais – dos outros casos da perda de uma chance – onde a perda da oportunidade é reconhecida como dano autônomo. É muito importante ressaltar que, a partir da utilização de presunções, a reparação recairá sobre o dano final, e não sobre a perda da chance.

Sobre a presunção causal, sabe-se que ela suaviza o ônus probatório da *conditio sine qua non*, sendo que, “todas as vezes em que as presunções são utilizadas, o dano indenizado é o dano final, ou seja, a integralidade da vantagem esperada pela vítima ao final do processo aleatório”¹⁹⁴. Geneviève Viney, por conseguinte, é adepta da teoria de que os casos de perda de uma chance na seara médica devem ter indenizados o dano final, fazendo uso das presunções causais nestas hipóteses¹⁹⁵.

Ressalta-se que, além da corrente que rechaça a aplicação da perda de uma chance aos casos da seara médica, e da corrente que propugna, nestes casos, pela reparação do dano final, ainda existe aquela que defende a causalidade parcial¹⁹⁶. Este tipo de causalidade, como vimos, aceita a reparação de um prejuízo parcial e relativo, e é justamente em contrariedade à reparação

¹⁹² VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 192.

¹⁹³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 77. “*En effet la faute médicale, même s'il n'est pas certain qu'elle est la cause unique de l'état actuel du patient, a, à tout le moins, compromis les chances d'amélioration de cet état.*”

¹⁹⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 236.

¹⁹⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 192.

¹⁹⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 71 et. Seq. “Jacques Boré (...) passou a considerar toda e qualquer utilização da noção de perda de uma chance como uma evolução da utilização ortodoxa do nexa causal, que possibilitava a observação de uma causalidade parcial e, portanto, de uma indenização parcial do dano final”.

parcial da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência que Geneviève Viney propõe a utilização das presunções causais.

A autora percebe que a perda de uma chance normalmente não permitiria a reparação integral do dano real e concreto, qual seja a morte ou a agravação do estado do paciente. Porém, nos casos de dano causado por culpa médica, a não aceitação da reparação integral obriga o juiz a mitigar a reparação tendo em conta as chances de cura ou de sobrevivência que a vítima tinha não fosse a conduta culposa do médico, sendo que o juiz não possui critérios para tal avaliação¹⁹⁷. Note-se que, pela causalidade parcial, a indenização se faria a partir do grau de probabilidade de nexos causal entre a conduta médica e o prejuízo final, o que, segundo a escritora, não seria verdadeiramente constatável pelo juiz. É com estes argumentos que, ela justifica o porque de a causalidade parcial não ser satisfatória nos casos da seara médica.

Conclui-se, portanto, que, para Viney, seria mais satisfatório permitir à vítima a obtenção da reparação integral dos danos quando as circunstâncias permitirem a presunção racional do nexo causal entre a conduta médica e o dano¹⁹⁸. Além disso, para os que sustentam a indenização total, a utilização da causalidade parcial nos casos de perda de uma chance na seara médica “representa um desvirtuamento da utilização dos princípios de causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema”¹⁹⁹.

A doutrina brasileira acerca da perda de uma chance na seara médica é escassa, sendo que não se pode deixar de analisar a posição de Miguel Kfoury Neto. Segundo ele, quando não é possível afirmar se determinado prejuízo é devido ou não ao ato ou omissão do médico, supõe-se que tal dano consiste na perda de uma possibilidade de cura, e condena-se o médico à indenização por esta perda. Afirma que não é necessário comprovar que a culpa médica causou o prejuízo, pois pressupõe-se que tal conduta diminuiu a possibilidade de cura desejável. Note-se que o prejuízo pode ter sido causado tanto por culpa do profissional quanto pelas condições patológicas do paciente. Dessa forma, a culpa atribuída ao médico é a de “não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente”, e, mesmo que não exista a prova de que o médico causou

¹⁹⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 200.

¹⁹⁸ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 200.

¹⁹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e*

o dano como única causa, basta que o juiz esteja convencido de que, sem a culpa, o dano não teria ocorrido²⁰⁰.

O autor – adepto do entendimento de que a perda de uma chance na seara médica também constitui um dano autônomo – assevera que, como a atuação do médico diminui as possibilidades de cura do paciente, então desaparece a dificuldade em se estabelecer o nexo causal entre o ato do médico e o agravamento da condição de saúde do paciente. Segundo ele, os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre a culpa do médico e o dano, chegando a afirmar que não importa se o juiz está convencido ou não de que a culpa do médico causou o dano, pois é suficiente uma dúvida.²⁰¹

Foram apresentadas três linhas de raciocínio: a primeira, atribuída a René Savatier, rechaça a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica. A segunda, capitaneada por Geneviève Viney, também divide a perda de uma chance entre casos da seara médica – nos quais a indenização deve ser total – e a perda de uma chance reconhecida como dano autônomo. A terceira teoria, representada por Miguel Kfoury Neto, vê a perda de uma chance como uma teoria unitária: todos os seus casos – inclusive os referentes a erros médicos – devem ser indenizados como danos autônomos.

Quanto às duas parcelas da doutrina que separam o instituto da perda das chances entre os casos da área médica, e os outros casos, elas não merecem acolhida. Note-se que o principal argumento que respalda a ruptura proposta é o de que o dano da perda da chance somente poderá ser apreciado após a ocorrência do dano final, porquanto o processo aleatório, nestes casos, não é terminantemente interrompido. Ora, restringir as hipóteses de perda de uma chance de ter evitado um prejuízo – caso em que o processo não é terminantemente interrompido – somente às hipóteses de cunho médico seria fechar os olhos à realidade.

brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

²⁰⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 50.

²⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 49-50. “Quando não é possível afirmar que determinado prejuízo se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura – e, em consequência, condena à indenização por esta perda” [grifo nosso].

Como vimos no capítulo “perda de uma chance de ter evitado um prejuízo”, tais casos podem acontecer em outras esferas, sendo deveras numerosos os casos possíveis na responsabilidade do advogado. Por conseguinte, seria um equívoco limitar todas as hipóteses em que o processo aleatório vai até o seu resultado final aos casos da seara médica, da mesma forma que deve-se levar em consideração que existem casos clássicos de perda de uma chance na seara médica, porquanto o processo é terminantemente interrompido²⁰².

Dessa forma, não há razões para diferenciar a reparação do dano da perda de uma chance entre seara médica e outros casos. O dano da perda de uma chance deve ser visto como um dano autônomo e reparável, não prescindindo do liame de causalidade necessária entre a conduta danosa e a perda da chance séria e real.

2.2.1 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL DIANTE DE CASOS DE PERDA DE CHANCE NA ÁREA MÉDICA

Dentre as apelações cíveis do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul que discutiram a teoria da perda de uma chance, uma parcela bastante considerável se referia à seara médica: de um total de 119 decisões, 14 versavam sobre tal área. Numa primeira leitura das decisões, a constatação que saltou aos olhos foi a de a grande maioria delas reconheceu a perda de uma chance, pois dentre as 14 apelações cíveis, 11 condenaram à indenização pela perda de uma chance, sendo que, por óbvio, apenas 3 entenderam que o caso não se referia à perda de uma chance.

Após esta primeira observação, impositivo é que se observe um outro dado retirado da pesquisa: nenhum, dentre os 11 acórdãos que reconheceram a perda de uma chance, condenou à

²⁰² JOURDAIN, Patrice. *Conditions de la Responsabilité*: sur l'aperte d'une chance. R.T.D.C., 1992. p. 110. Trata de uma hipótese em que um médico, sem razão, submeteu uma paciente à radioterapia, o que fragilizou um osso sobre o qual deveria ser implantada uma prótese, cuja implantação restou, conseqüentemente, inexitosa. A Corte de Cassação entendeu que a conduta culposa do médico que aplicou a radioterapia retirou as chances que a

indenização pelo dano final. Ou seja: em todos os casos de reconhecimento, a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência foi identificada como um dano autônomo, divorciado do dano final.

Foi nesse sentido que se deu um julgado datado de 02 de setembro do presente ano, que é digno de aplausos pela aplicação correta da teoria da perda de uma chance²⁰³. No caso em análise, os autores se tratam de um bebê, que nasceu prematuro, e de sua mãe. O bebê, “seja pelo peso ao nascer, seja pelo tempo gestacional” se inseria no grupo de maior incidência da chamada “Retinopatia da Prematuridade”. A possibilidade de obtenção de resultados satisfatórios através de tratamentos desta doença está diretamente ligada ao tempo de diagnóstico e à implementação o tratamento. No caso, não foi realizado em tempo oportuno exame oftalmológico no prematuro, que ficou com a visão comprometida, tendo sido provado que o atendimento ao recém-nascido foi defeituoso.

No corpo do acórdão, percebe-se uma análise detalhada do caso concreto, e de quais as probabilidades de cura que o bebê possuía antes da conduta omissiva médica, concluindo-se nos seguintes termos:

O exame, segundo consenso na literatura, deve ser realizado até a sexta semana de vida por oftalmologista capacitado, permanecendo o prematuro em acompanhamento rotineiro pelo profissional até a completa vascularização da retina.(...)

Quando o exame foi realizado, pelo que se viu, já havia um grau de descolamento que reduzia a um percentual ínfimo as chances de preservação da visão.

Por certo que há se considerar que as condições do menino, nascido com peso inferior a 1Kg, e com 27 semanas de gestação, por si só, já o incluíam em um percentual estatístico de risco, já que, consoante literatura, tais dados o inseriam nos mais de 80% que tendem a desenvolver a doença, e nesse percentual com risco de se alcançar a pior das conseqüências desta, qual seja, a cegueira.(...) tudo isso pressuponha que houvesse sido no mínimo disponibilizado esse acompanhamento, e isso, sem dúvidas, não aconteceu.

Perfeitamente aplicável, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar um nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.

Após, discorre-se sobre a coerência entre a Teoria da Causalidade Adequada e a aplicação da teoria da perda de uma chance, repisando a ideia de que “não se indeniza a cegueira, ou perda

paciente possuía de ter a prótese fixada.

²⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030588370. Relator:

da visão, mas sim a perda da oportunidade de cura”. Por fim, é estimado que a probabilidade de cura do paciente era de 75%, limitando-se a tanto a reparação.

Entretanto, não se diferenciando das outras hipóteses, também nos casos de seara médica há exemplos nos quais foi reconhecida hipótese de perda de uma chance, mas que o dano foi quantificado sem levar em consideração as chances perdidas. É o que ocorreu com um julgado de junho deste ano²⁰⁴. No caso, a autora intentou ação postulando indenização por danos materiais e morais alegando negligência no atendimento médico, pois deu entrada no hospital apresentando elevada pressão arterial, e não foi devidamente atendida, apesar de ter informado que já tinha sofrido um Acidente Vascular Cerebral (AVC) anteriormente.

No corpo da decisão, detalhou-se o caso para ter-se certeza de que se tratava de uma hipótese de perda de uma chance. Entretanto, quando da quantificação do dano, sequer observou-se quais eram as probabilidades de cura que a paciente tinha antes da conduta médica.

Convenci-me, pelo contexto probatório dos autos, ser possível concluir que, por conduta culposa – negligente – imputável aos prepostos do hospital requerido, a autora teve subtraída a oportunidade de experimentar melhores chances de cura.(...)

Concluo, pois, ter ocorrido negligência do médico do nosocômio requerido – que inclusive entrou em contradição em seu depoimento, ao referir, em um primeiro momento, que o prontuário não fazia referência a AVC anterior, retratando-se posteriormente (fl. 280) – ao autorizar a liberação da paciente.

Assim, aplicável à hipótese dos autos a teoria da *perda de uma chance*.(...)

Demonstrada, assim, a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar, passa-se à quantificação da indenização.(...)

A meu ver, o valor da indenização deve atender determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, partindo-se da medida do padrão sócio-cultural médio da vítima, avaliando-se a extensão da lesão ao direito, a intensidade do sofrimento, a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas do ofendido e as do devedor, e a suportabilidade do encargo e parte da vítima. Deve-se relevar, ainda, a gravidade do dano e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

Da análise da amostragem jurisprudencial, tudo indica que a aplicação da perda de uma chance na seara médica não tem acolhido as teorias modernas da perda de chance. De fato, sequer há menção a uma diferença teórica ou prática relativamente às outras espécies, pois as decisões

Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 02 de setembro de 2009.

²⁰⁴

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030088462. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 24 de junho de 2009.

passam longe da discussão travada pela doutrina no sentido de rechaçar tal aplicação ou de indenizá-la de acordo com o dano final. Na prática, portanto, os problemas enfrentados não se especializaram no Brasil nos mesmos moldes do que observado na França – talvez até porque aqui a doutrina também ainda esteja por se desenvolver.

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ELABORADAS

a) A perda de uma chance, quando séria e real, constitui um dano certo, independente do dano final, o qual é hipotético e eventual. Sendo o dano revestido do caráter de certeza, ele deve ser indenizado, sendo que a álea a dificultar a quantificação do dano não pode, de forma alguma, impedir a sua reparação.

b) A perda de uma chance clássica é aquela em que uma conduta culposa interrompe irremediavelmente o processo aleatório em que a vítima se encontrava, de forma que não é possível saber qual seria o resultado do processo. A chance perdida é considerada como um dano específico – divorciado do dano final – e indenizável.

c) O dano pela perda da chance de ter evitado um prejuízo já ocorrido acontece nas hipóteses em que o processo danoso em curso não foi interrompido – quando deveria ter sido – em razão de uma conduta culposa. Caso o agente ofensor tivesse agido de forma não culposa, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, possibilidade esta que foi perdida. Neste caso, a perda de uma chance também é vista como um dano específico, divorciado do dano final e indenizável.

d) Para que haja a reparação de um dano é preciso que exista um nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e tal dano. O modelo de causalidade adotado no Brasil exige que a causa seja adequada e necessária, permitindo somente a reparação da perda de uma chance como dano autônomo, pois não é possível estabelecer nexo causal entre a conduta danosa e o dano final nos casos de perda de uma chance.

e) Devem ser indenizadas as chances sérias e reais, cuja aposta fosse potencial e provável, devendo ser rechaçada a reparação da perda de chances nos casos em que a possibilidade de obtenção da vantagem esperada fosse eventual e hipotética. A constatação da seriedade das chances perdidas depende da análise dos casos concretos.

f) O sistema brasileiro de Responsabilidade Civil apresenta uma cláusula geral que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, desde que preenchidos os demais

requisitos do dever de indenizar. Nestes termos, não existe razão, no nosso ordenamento, para excluir-se o dano da perda de uma chance do patamar de dano indenizável.

g) Havendo prova do dano da perda de uma chance e a adequação do nexo causal entre ele e a ação culposa, configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar. Entretanto, é impossível haver dano por perda de uma chance – seja ele autônomo ou ligado ao dano final – nos casos em que a vantagem esperada é alcançada.

h) A Teoria da Causalidade Parcial propõe a gradação causal ao afirmar que o ato ou a omissão danosa possuem uma proporção de causa em relação ao dano final, não exigindo, portanto, uma completude do nexo causal. Ela não pode ser utilizada no nosso padrão de responsabilidade civil, que exige um vínculo causal totalmente provado.

i) A reparação do dano pela perda da chance deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem final esperada pela vítima, sendo que a determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado é diretamente proporcional à probabilidade que existia, maior ou menor, de o resultado final se concretizar. Isto não significa reparação parcial.

j) O dano da perda de uma chance deve ser visto como um dano autônomo e reparável, não prescindindo do liame de causalidade necessária entre a conduta danosa e a perda da chance séria e real também nos casos pertinentes à seara médica.

l) A aplicação prática da Teoria da Perda de uma Chance é crescente. Contudo, na grande maioria dos casos, é empregada sem a cautela necessária, principalmente no que tange à quantificação do dano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459 – BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 130.764-1 – PR. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 12 de maio de 1992.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COUR DE CASSATION, Publications de la cour. *La causalité à l'épreuve du caractere multifactoriel dès dommages*. Paris: 2007. Disponível em:
<http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etu_de_sante_2646/dommages_survenus_2650/etablissement_responsabilite_2651/caractere_multifactoriel_11383.html#2.1.2.2.>. Acesso em: 25 nov. 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 667, 1991.

_____. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Responsabilidade alternativa y acumulativa. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset (Dir.). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Producción Gráfica Gama, 1997 (2ª reimpressão).

JOURDAIN, Patrice. *Conditions de la Responsabilité: sur l'aperte d'une chance*. R.T.D.C., 1992.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1955.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 2.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, t. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972 (reedição).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030146138. Relator: Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 28 de outubro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70032230476. Relator: Des. CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR, julgado em 20 de outubro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70031581226. Relator: Des. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL, julgado em 07 de outubro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70031724081. Relator: Des. PEDRO LUIZ RODRIGUES BOSSLE, julgado em 01 de outubro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70028057560. Relator: Des. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, julgado em 10 de setembro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030588370. Relator: Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 02 de setembro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70028148294. Relator: Des. PAULO SERGIO SCARPARO, julgado em 27 de agosto de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030929863. Relator: Des. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, julgado em 26 de agosto de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030727531. Relator: Des. CLÁUDIO BALDINO MACIEL, julgado em 20 de agosto de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70028746451. Relator: Des. PAULO ROBERTO FÉLIX, julgado em 19 de agosto de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70029188968. Relator: Des. LIÉGE PURICELLI PIRES, julgado em 13 de agosto de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70026654293. Relator: Des. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, julgado em 23 de julho de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030597496. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 09 de julho de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70027731231. Relator: Des. GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN, julgado em 01 de julho de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70030088462. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 24 de junho de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70026358853. Relator: Des. LIÉGE PURICELLI PIRES, julgado em 23 de abril de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70026290239. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 02 de abril de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70026001925. Relator: Des. PAULO SERGIO SCARPARO, julgado em 02 de abril de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70028763431. Relator: Des. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, julgado em 25 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70027291202. Relator: Des. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO, julgado em 25 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70025693607. Relator: Des. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, julgado em 25 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023933732. Relator: Des. PAULO ROBERTO FÉLIX, julgado em 25 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70022818892. Relator: Des. PAULO ROBERTO FÉLIX, julgado em 25 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70025179458. Relator: Des. ODONE SANGUINÉ, julgado em 17 de dezembro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023576044. Relator: Des. ODONE SANGUINÉ, julgado em 26 de novembro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70018021188. Relator: Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 13 de novembro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70025575002. Relator: Des. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO, julgado em 12 de novembro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70025657107. Relator: Des. PAULO ANTÔNIO KRETZMANN, julgado em 30 de outubro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70024313421. Relator: Des. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA, julgado em 10 de setembro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70024428815. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 14 de agosto de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023995400. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 14 de agosto de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70022320881. Relator: Des. ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, julgado em 14 de agosto de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70024123135. Relator: Des. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, julgado em 06 de agosto de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023971443. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023970635. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023853930. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023777261. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023721129. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023716517. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023714173. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023676307. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 29 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023674393. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 29 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70021541628. Relator: Des. LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, julgado em 29 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70018201202. Relator: Des. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, julgado em 29 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70019780949. Relator: Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 28 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70023133358. Relator: Des. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, julgado em 15 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70017882028. Relator: Des. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, julgado em 15 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70020962866. Relator: Des. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA, julgado em 24 de abril de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70016979049. Relator: Des. ANGELO MARANINCHI GIANNAKOS, julgado em 02 de abril de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70021490792. Relator: Des. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA, julgado em 20 de março de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70022467419. Relator: Des. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, julgado em 27 de fevereiro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n. 70020549648. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 27 de fevereiro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70022386718. Relator: Des. PEDRO CELSO DAL PRÁ, julgado em 19 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018797092. Relator: Des. PAULO ROBERTO FÉLIX, julgado em 19 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021771340. Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO PELLEGRINI, julgado em 11 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015235575. Relator: Des. MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA, julgado em 11 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021112420. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 06 de dezembro de 2007 .

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. . 70021001383. Relator: Des. JOÃO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, julgado em 05 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020884334. Relator: Des. ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, julgado em 06 de dezembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021994488. Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO PELLEGRINI, julgado em 27 de novembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020737532. Relator: Des. CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR, julgado em 20 de novembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020554275. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 07 de novembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020571261. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 05 de setembro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020745089. Relator: Des. PEDRO CELSO DAL PRÁ, julgado em 30 de agosto de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019804335. Relator: Des. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA, julgado em 23 de agosto de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020257945. Relator: Des. CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR, julgado em 21 de agosto de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018800425. Relator: Des. LEO LIMA, julgado em 08 de agosto de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019138866. Relator: Des. CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR, julgado em 26 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70017713801. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 13 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018562132. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 06 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018554923. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 06 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018179473. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 06 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016241895. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 06 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019010529. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 09 de maio de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018975938. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 09 de maio de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018969113. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 09 de maio de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018935882. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 25 de abril de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70017292699. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 28 de março de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70012168985. Relator: Des. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, julgado em 28 de março de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016518920. Relator: Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 14 de março de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70014492540. Relator: Des. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA, julgado em 15 de fevereiro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70018021782. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 14 de fevereiro de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70017677436. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 13 de dezembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016094211. Relator: Des. CLÁUDIO BALDINO MACIEL, julgado em 30 de novembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016744823. Relator: Des. LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, julgado em 23 de novembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016746646. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 01 de novembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016538787. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 01 de novembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016523805. Relator: Des. PAULO SERGIO SCARPARO, julgado em 11 de outubro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016786048. Relator: Des. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, julgado em 05 de outubro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015046824. Relator: Des. ODONE SANGUINÉ, julgado em 12 de julho de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70014176606. Relator: Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA., julgado em 10 de maio de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70012678264. Relator: Des. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA, julgado em 16 de março de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70013036678. Relator: Des. LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, julgado em 22 de dezembro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70010075836. Relator: Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK, julgado em 04 de agosto de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004530903. Relator: Des. RICARDO RAUPP RUSCHEL, julgado em 22 de junho de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009264375. Relator: Des. ROBERTO CARVALHO FRAGA, julgado em 28 de abril de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70010982049. Relator: Des. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 23 de março de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009107525. Relator: Des. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, julgado em 22 de dezembro de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004826871. Relator: Des. NEY WIEDEMANN NETO, julgado em 10 de novembro de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006227599. Relator: Des. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, julgado em 29 de setembro de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006759708. Relator: Des. ANTONIO VINICIUS AMARO DA SILVEIRA, julgado em 18 de março de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005473061. Relator: Des. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, julgado em 10 de dezembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. Relator: Des., julgado em de de .

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006606487. Relator: Des. PAULO ANTÔNIO KRETZMANN, julgado em 06 de novembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005635750. Relator: Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 17 de setembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004031373 Relator: Des. Matilde Chabar Maia, julgado em 08 de maio de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004650305. Relator: Des. Mário Crespo Brum, julgado em 19 de dezembro de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70002741510. Relator: Des. Marta Borges Ortiz, julgado em 12 de dezembro de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.70003568888. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 27 de novembro de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70001897719. Relator: Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 09 de outubro de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.70002732634. Relator: Des. REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS, julgado em 12 de setembro de 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.70000958868. Relator: Des. ANA BEATRIZ ISER, julgado em 22 de agosto de 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.70000066779. Relator: Des. MARIA ISABEL BROGGINI, julgado em 28 de junho de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.70000493346. Relator: Des. REJANE MARIA DE CASTRO BINS, julgado em 05 de abril de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.598310571. Relator: Des. MARA LARSEN CHECHI, julgado em 07 de abril de 1999.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.197105422. Relator: Des. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, julgado em 19 de agosto de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.596070979. Relator: Des. ARAKEN DE ASSIS, julgado em 15 de agosto de 1996.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.591064837. Relator: Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 29 de agosto de 1991.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. Apelação Cível n.589069996. Relator: Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 12 de junho de 1990.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et le Jurisprudence Editora, 1951, t. 1.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité.

